135 B1

Kritische Blätter

civilistischen Inhalts.

In zwanglosen Heften

von

Dr. Alois Brinz,
Privatdocenten an der k. Ludwig-Maximilians-Universität in München.

Nr. 1.

Erlangen, 1852.
Verlag von Ferdinand Enke.

81

UNIVERSITEITSBIBLIOT
90000010980

Digitized by Google

Kritische Blätter

civilistischen Inhalts.

In zwanglosen Heften

von

Dr. Alois Brinz,
Privatdocenten an der k. Ludwig-Maximilians-Universität in München.

Nr. 1.

Erlangen, 1852.
Verlag von Ferdinand Enke.

Digitized by Google

Schnellpressendruck von C. H. Kunstmann in Erlangen.

Digitized by Google

Vorwort.

Diese Blätter sind auf die neueste Literatur gerichtet. Von ihr Kenntniß zu nehmen, durch äußeren Beruf aufgefordert, empfinden wir anderseits einen Drang, nicht umsonst zu lesen. Umsonst würde lesen, wer von dem Gelesenen Nichts, umsonst wer Alles annähme. So haben wir uns denn zunächst um unseres eigenen Nutzens willen auf die Prüfung mehrerer Schriften verlegt und denken dieselbe fortzusetzen. Daß aber auch die Literatur selbst einer Kritik bedürfe, daß sie genauer geprüft sein will, als es in Recensionen zu geschehen pflegt, daß insbesondere die heutige Jurisprudenz einiger Leser bedürfe, die, nicht um den Verfasser, sondern einzig und allein um seine Lehre bekümmert, Falsches zu vernichten und Wahres zu bekräftigen trachten: das alles liegt am Tage. Umsoweniger wird es begriffen werden, daß gerade der Verfasser dieser Blätter Hand ans Werk legen zu müssen glaubt. Indessen hat schon mancher Unberufene den Anfang, der Berufene die Fortsetzung gemacht.

Digitized by Google

Wiewohl wir uns auf die Literatur des heutigen Römischen Rechts beschränken, muß diesen Blättern die Zeit ihres Wiedererscheinens und weitere Auswahl vorbehalten werden. Historische Schriften, so sehr wir aus ihnen Mittel für unsere Kritik zu schöpfen trachten, werden wir nicht zum Gegenstande derselben machen.

München, den 6. Februar 1852.

Der Verfasser.

Digitized by Google

Beiträge zum Obligationenrecht, von Dr. Eduard Chambon, Professor der Rechte und außerord. Beisitzer des Schöppenstuhls zu Jena 1851. I. Band.

I.

Die Lehre von dem Contractus aestimatorius.

1.

Für den Vertrag, welchen wir Trödelcontract nennen, haben die Römischen Juristen keinen Eigennamen; auch eine Beschreibung desselben (definitio) liegt nicht vor; nimmt man dazu, daß in den wenigen Fällen, wo ihn die Casuistik aufgreift, nur je einzelne Züge desselben sichtbar werden, — hier Hingabe zum Verkauf, dort Hingabe mit Schätzung, hier die Alternative zwischen Rückgabe und Zahlung, dort das Recht auf den Mehrerlös, — so möchte man zweifelhaft werden und fragen, ob denn die Römer diesen Contract wirklich gehabt, ob wir ihn aus jenen zerstreuten Stücken zusammensetzen, und als Ihr Werk hinstellen dürfen? Daß man bei uns Contractum aestimatorium — denn diesen weiten Namen bekam unser Contract im Mittelalter — von jeher auf das Corpus Juris zurückgeführt hat, ist noch nicht Beweis genug; was alles, könnte man jammern, ist nicht auf das zurückgeführt worden. Ganz anders, wenn Jemand darthäte, daß jene Stücke aus innerer Nothwendigkeit zusammengehören; das wäre nicht nur der heutigen Jurisprudenz, die mit Vorliebe aus der „inneren" Natur der Dinge schöpft, würdig und angemessen; es gäbe in der That keinen schlagenderen Beweis. Gleichwohl müssen wir auf ihn verzichten; denn Chambon, der ihn bei den Römern nicht nur einfach vor-, sondern in römischen „Prinzipien" be-

Digitized by Google

gründet findet, (S. 1 fgg.) iſt uns mit keinem Zweifel vorangegangen. Allein es gibt noch einen Beweis, der freilich in Vergleich zum vorigen ſehr äußerlicher Natur iſt; dieſen hat Ch. verwiſcht; wir müſſen ihn wieder herzuſtellen ſuchen.

L. 11. pr. D. r. cr. (12, 1) Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris: si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem, vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quaestionis est? mihi videtur Nervae distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem, vel massam, nec ne: ut si venalem habui, mihi perierit; quemadmodum si alii dedissem vendendam; quod si non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi jam periisse; et maxime, si sine usuris credidi.

Ulpian vergleicht hier das Darlehen, welches durch Ueberlaſſung einer Sache zum Verkauf, und ihres Erlöſes, vermittelt wird, des periculum wegen, mit einem anderen Contracte, den er blos mit vendendum dare bezeichnet; natürlich denkt er dabei an einen beſtimmten einzelnen Contract, ſonſt könnte er nicht vergleichen; die Worte vendendum dare, ſo allgemein ſie an ſich ſind, ſcheinen ihm genügend, ſeinen Leſern zu ſagen, was er für einen Contract meine. Man hat nun immer angenommen, Ulpian meine unſeren Trödelcontract, und dieſe Stelle unter einigen anderen zur Beantwortung der Frage benützt, wer im Trödelcontracte die Gefahr habe. Aber Chambon weicht, wie wir weiter unten ſehen werden, in der Beantwortung dieſer Frage von der gewöhnlichen Meinung ab; ſeine Meinung widerſtrebt den in dieſer Stelle über das periculum im vendendum dare niedergelegten Grundſätzen; es war ſeine Aufgabe, zu zeigen, daß hier vendendum dare nicht den Trödelcontract bezeichne. Dies thut er folgendermaſſen: „Diejenigen Momente, „welche zu der Annahme führen müßten, daß Ulpian einen Trödelver„trag bei jenen Worten im Sinne gehabt habe, beſonders die bei dem „letzteren unerläßlich nothwendige Aeſtimatio findet ſich in l. 11. cit. „mit keiner Sylbe erwähnt. Es kann der Juriſt ebenſogut an ein Ver„kaufsmandat gedacht haben, denn auch bei dieſem, und hier vor „Allem iſt es charakteriſtiſch, daß der die Sache Hingebende ein Intereſſe „bei dem Verkauf derſelben gehabt habe, ja es muß ſogar hier eine Ver-

Digitized by Google

„weisung auf das Mandat angenommen werden, da nur die für dieses, „nicht auch die für den Contractus aestimatorius nothwendigen Voraus„setzungen erwähnt sind, und wir von Ulpian eine genaue Ausdrucks„weise zu erwarten Ursache haben." (S. 85.)

Wir müssen bemerken, daß vendendum dare für ein Verkaufsmandat keine genaue Ausdrucksweise ist. Das bloße Wort vendendum dare bedeutet nichts anderes, als dare ut venderet, dem Worte läge demnach nichts näher, als eine donatio sub modo*). Wir wissen keine Stelle, in der vendendum dare für ein Verkaufsmandat gebraucht wird**); aber aus Papinian referirt Ulpian den Ausdruck: rem vendendam mandavit ***): Das ist genau gesprochen. — Aber Ulpian kann hier von einem Verkaufsmandate gar nicht, weder genau, noch ungenau, gesprochen haben. Zu seiner Vergleichung bedarf er eines Contractes, dessen Zweck, der Verkauf, entweder im Interesse des Gebers, oder in dem des Empfängers liegt; dazu taugt das Mandat nicht; denn der Auftrag an den Empfänger, daß er sua gratia verkaufe, ist kein Mandat mehr†).

Um zu sagen, was Ulpian unter dem vendendum dare für einen Contract versteht, können wir nicht sicherer gehen, als wenn wir diesen Ausdruck in anderen Stellen aufsuchen. Ueberall da, wo man immer unseren Trödelcontract zu finden geglaubt hat, taucht er auf; in Verbindung bald mit diesem, bald mit einem anderen Stücke dieses Contractes††). Daß alle diese einzelnen Stücke zusammengehören, kann deswegen, weil sie nur vereinzelt vorkommen, nicht geläugnet werden; die vereinzelte Hervorhebung wird durch die verschiedenen casuistischen Zwecke der einzelnen Stellen gerechtfertigt. Ein positiver Beleg aber, daß sie

*) L. 2. §. 7. D. don. (39, 5.) Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret.

**) Vergl. l. 57. l. 5. §. 3. D. mand. (17, 1).

***) L. 13. §. 25. D. act. emti. (19, 1). cf. l. 15. §. 2. D. 44, 3.

†) L. 2. pr. D. aestim. (17, 1).

††) L. 1. pr. D. aestim. (19, 5): — cum res aestimata vendenda datur —; l. 13. pr. D. pr. v. (19, 5): Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes —; l. 44. D. pro soc. (17, 2): Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea X. vendidisses, redderes mihi decem; si pluris quod excedit, tu haberes —; l. 17. §. 1. D. pr. v. (19, 5): Si margarita tibi aestimata dedero „ut aut eadem mihi afferres, aut pretium eorum." (Hier wird des Verkaufs nachher gedacht. Vergl. Paul. R. S. II. 4. §. 4.)

Digitized by Google

zusammengehören, liegt darin, daß ein gewisser Terminus immer wiederkehrt. Vendendum dare ist ein Terminus, sonst hätte Ulpian den an sich unbestimmten Ausdruck in l. 11. cit. nicht für einen bestimmten Contract gebraucht. Geht nun aber das vendendum dare in jenen anderen Stellen auf den Trödelcontract, so werden wir es auch in l. 11. cit. darauf beziehen müssen. Aller Zweifel verschwindet, wenn wir an die Gleichmäßigkeit denken, womit das periculum für das vendendum dare hier und in l. 17. §. 1. cit. und Paul. R. S. cit. bestimmt wird.

Ulpian hat also in l. 11. cit. von dem Trödelcontracte gesprochen; er hat ihn „vendendum dare" genannt, und zwar nicht ungenau; denn er hat das Ding bei seinem Namen genannt. Der römische Name für unseren Trödelcontract ist vendendum dare; die Römer hatten für ihn zwar keinen Eigennamen wie wir, wohl aber einen eigenen Namen.

Das ist jener äußere Beleg, den wir vor Chambon's Auslegung schützen zu müßen glaubten: das vendendum dare in l. 11. cit. Fassen wir alles zusammen, was dieser Name in sich vereinigt, so bekommen wir folgenden Beschrieb: Si rem aestimatam vendendam tibi dedero, ut aut eandem mihi afferres aut pretium, quove pluris vendidisses, tibi haberes. Das ist unser Trödelcontract. Das vendendum dare von den übrigen Bestandtheilen des Geschäftes abgestreift, wurde zur terminologischen Bezeichnung. So sind viele Namen entstanden, z. B. der des Interdictes: Quorum bonorum; dem unseren ganz ähnlich ist das utendum dare für das Commodat.

Daß die Römer den Trödelcontract auch wirklich hatten, darüber haben wir uns noch aus einem anderen Grunde vergewissern müssen; denn bei der nun folgenden Prüfung bedürfen wir der römischen Theorie.

2.

„Man ist erstens darüber nicht einig, ob es ein ganz besonderer „Contract, oder nur eine Species mandati, locationis vel Vendi„tionis sei," schreibt Kreitmayr*) und damit nur den Anfang einer Litanei voll Schwierigkeiten und Streitigkeiten. Leyser**) klagt

*) Annot. zum Cod. Bav. Max. P. IV. c. 12. §. 4.

**) Spec. 221. Contr. aest. §. 1. — nequeo dissimulare mihi contractus aestimatorii explicationem suscipienti nauseam suboriri. Movent eam Legum, quae de hoc contractu agunt, obscuritas atque inter se pugna, e Doctorum circa praecipuas quaestiones dissensus — et praeterissem hanc Doctrinam

Digitized by Google

über die unangenehmen Wirkungen, die deshalb der Contractus aestimatorius auf ihn mache, gleichwohl könne er ihn nicht liegen lassen, weil er in foro gar oft vorkomme. Wir dürfen es also Ch. nicht so ganz glauben, daß dieser Contract einer der Unglücklichen sei, dessen Bedeutung unterschätzt und dessen Schwierigkeit niemals recht eingesehen worden (S. 1); jedenfalls soll unsererseits, durch die Sorgfalt, mit der wir die Hauptpunkte von Chambon's Arbeit erwägen wollen, gezeigt werden, daß wir dem Trödelcontract sein Recht angedeihen lassen möchten.

Die Lebensfrage für ihn nun aber ist die, ob er ein eigener Contract sei? Müssen wir ihn vielleicht als überzählig aufgeben, oder doch von dem Range eines Contractes zu dem bloßen Anstrich verschiedener anderer Contracte herabwürdigen, so daß dann auch vendendum dare kein Contractsname, sondern Eigenschaftswort für einen oder mehrere Contracte wäre?

Zur Gewißheit hierüber kann nur kommen, wer, wie Chambon im VI. und letzten Stücke seiner Abhandlung thut, unseren Contract mit anderen vergleicht; ist er kein anderer, dann ist er ein eigener. An die Römischen Juristen, wiewohl auch sie diese Diagnose gestellt haben, brauchen wir uns hiebei nicht zu binden: in solchen Dingen bindet uns kein anderes Gesetz als das der Wahrheit. Von dieser Freiheit hat Chambon Gebrauch gemacht.

1. Die Römischen Juristen verglichen unter anderem mit der locatio conductio. Desgleichen Chambon (S. 97. Nr. 2). Aber jene vergleichen nur mit der l. c. operis und l. c. operarum*); Ch. dagegen vergleicht mit der l. c. rei und operarum; die l. c. operis läßt er aus. In diesem Stücke hätte Ch. doch nun wohl besser gethan, wenn er in die Fußstapfen Ulpian's getreten wäre; denn wie mag man das vendendum dare mit einer l. c. rei vergleichen! Sachen werden gemiethet zu dem frui licere; kein Gedanke daran bei dem vendendum dare. Hingegen läßt sich das Verkaufen nicht blos als Arbeiten (operae), sondern auch als Arbeit (Werk), als ein Gearbeitetes (opus) fassen: warum ver-

---

lubens, ni frequens ejus in foro usus me abstinere volentem pudore suffudisset.

*) „An ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem —?" l. 1. pr. D. aestim. (19, 3).

Digitized by Google

gleicht Ch. nicht mit der l. c. operis? — Die Römischen Juristen haben zu erkennen gegeben, daß unser Contract trotz aller Aehnlichkeit mit der l. c. operis und operarum doch keine locatio conductio sei; warum das haben sie nicht gesagt. Mehr verbreitet sich hierüber Chambon. Was er über den Unterschied von der l. c. rei gesagt hat*), wollen wir nicht beleuchten; um so mehr geht uns an, was wir über den Unterschied von der l. c. operarum lesen: es sei kein Zweifel, „daß die Un„entgeltlichkeit der Bemühung, welcher sich der Trödler unterzieht, vor„zugsweise die Römischen Juristen abhielt, das durch Uebergabe einer „res aestimata vendenda abgeschlossene Uebereinkommen unter den Ge„sichtspunkt der (Dienst) Miethe zu bringen." (S. 99).

Also die Unentgeltlichkeit der Bemühung, welcher sich der Trödler unterzieht, unterscheidet diesen von einem Taglöhner. Allein daß der Trödler umsonst arbeite, will uns selbst für diejenigen Fälle, welche Ch. besonders hervorhebt: „wo entweder der Verkauf der Sache an den dritten „gar nicht oder nur für den ästimirten Preis erfolgte," nicht ganz richtig dünken. Denn in seinem Herzen wenigstens arbeitet der Trödler nicht minder als der Taglöhner allemal um Lohn; niemals ist seine Leistung ein gratuitum; niemals unterscheidet er sich von dem Taglöhner dadurch, daß er um keinen, sondern immer nur dadurch, daß er um keinen gewissen Lohn arbeitet; nur deswegen weil und nur insoweit als er um keinen gewissen Lohn arbeitet, kann er auch keinen bekommen. Also sagen wir: die Ungewißheit des Lohnes macht den Unterschied, aber nicht nur von der l. c. operarum, sondern auch von der l. c. operis.

Ein winziges Ding, diese Vergleichung des Trödelcontractes mit der loc. conductio operarum, und doch macht sie uns mehr Arbeit, als wir dem Leser wünschen. In l. 2 d. h. t. nämlich steht ein Wort, das gegen uns beide, gegen Chambon wie gegen mich zu sprechen scheint:

*) „Das Miethverhältniß geht auf Ueberlassung einer Sache zur Benutzung für „einen bestimmten Preis und Restitution derselben nach beendigtem Gebrauch, beim „Trödelvertrag ist die Absicht der Partheien auf Veräußerung der Sache gerichtet, „die Restitution derselben ist zwar möglich, aber sie tritt eben nur dann ein, wenn „der eigentliche Zweck nicht erreicht wird. Das regelmäßige Resultat „des Contractes würde also die actio locati ausschließen und „gewiß haben auch die Römischen Juristen viel weniger bei Lei„stung des pretii, als dann an dieselbe gedacht, wenn die Sache „selbst zurückgegeben und eben dadurch die venditi actio ausge„schlossen wurde." S. 97 u. 98.

Digitized by Google

Haec actio utilis est, et si merces intervenit.

Eine merces und dennoch die aestimatoria; wo aber merces, ist nicht nur nicht kein Lohn, sondern auch kein ungewisser Lohn mehr, sondern ein fester. Also durch Ungewißheit des Lohnes eben so wenig als durch Unentgeltlichkeit dürfte sich unser Contract vor der l. c. operarum ausgezeichnet haben. Gleichwohl bleiben wir beide bei unseren Behauptungen; wir wollen sehen was Chambon sagt.

„Zunächst kann die angeführte Stelle (l. 2. cit.) darüber keinen „Zweifel herbeiführen, daß die Unentgeltlichkeit der Bemühung, welcher „sich der Trödler unterzieht, vorzugsweise die Römischen Juristen abhielt, „das durch Uebergabe einer res aestimata vendenda abgeschlossene Ue„bereinkommen unter den Gesichtspunkt der Miethe zu bringen. Es wird „in der l. 2. cit. die Klage auf den bedungenen Lohn nur utiliter zuge„lassen und hiemit hinlänglich bewiesen, daß dieser Fall einerseits die „Ausnahme, nicht die Regel, anderseits für ihn die Klage nicht gegeben, „sondern nur auf ihn ausgedehnt war." Wird die Klage wirklich nur utiliter zugelassen? Paulus sagt nur, diese Klage sei auch utilis für den Fall bedungenen Lohnes; er sagt nicht, sie sei utilis actio, d. h. nur ad exemplum aestimatoriae actionis. Er sagt es nicht und kann es nicht sagen, nach dem Begriffe, welchen wir von einer utilis actio, und Ch. von dem Trödel-Contracte hat. Wenn die legis Aquiliae actio utiliter einem Nichteigenthümer gegeben wird, so wird der Gedanke daran, daß die Musterklage nur dem herus zusteht, nicht aufgegeben; Kläger muß denn doch, wenn nicht plenum jus, so doch rem in bonis, oder aber einen ususfructus, und wenn nicht die Sache in ihrem ganzen Umfang, so doch zu gewissen Theilen haben *). Die extensive Klagengewährung generalisirt den ursprünglichen Fall, aber sie negirt ihn nicht; ist die aestimatoria für einen unentgeltlichen Contract eingeführt, so kann sie auf einen entgeltlichen nicht „ausgedehnt" werden. Zudem ist uns nicht bekannt, daß eine praescriptis verbis actio jemals utiliter gegeben wurde, oder gegeben werden mochte.

„Allein weiter war auch bei den Römern nach Einführung des in „der l. 2. cit. ausgesprochenen Rechtssatzes, und ist in unserem heutigen „Recht der Trödelvertrag mit merces der Dienstmiethe ebensowenig gleich„zustellen, als jede für eine Dienstleistung festgesetzte Vergütung den Cha-

*) L. 13. pr. l. 17. §. 3. l. 27. §. 32. D. leg. Aq. (9. 2).

„rakter eines Dienstlohnes an sich trägt. Bei dem contractus aestimatorius „wird eine merces als Remuneration für die Bemühung meist nur unter der „Voraussetzung versprochen, daß der Weiterverkauf wirklich zu Stande „kommt, so daß dieselbe viel eher mit einem Proxeneticum als mit einem „Miethpreise auf gleicher Linie steht." Wird eine merces nur für den Fall des Weiterverkaufes ausgemacht, so ist das zwar keine l. c. operarum, denn dann hätte der conductor für seine operae möglicherweise nichts; dagegen paßt es zu der l. c. operis, daß der Empfänger auf die merces nur Anspruch hat, wenn er wirklich verkauft, d. h. das bedungene opus zu Stande gebracht hat. Wird also die merces, von der Paulus spricht, meist so bedungen, wie Eh. sagt, warum gibt dann Paulus nicht meist eine actio locati conducti operis? „Selbst wenn sich aber „der Trödler ohne Rücksicht auf das Resultat seiner Bemühungen ein be„stimmtes Entgelt ausmacht, ist so lange keine Dienstmiethe vorhanden, „als der Trödler einerseits sich von dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft „durch Restitution der Sache ohne Weiteres losmachen kann, anderseits „nach der Veräußerung an einen Dritten unbedingt für die Aestimations„summe verhaftet bleibt, und hiermit die Gefahr für die Negotiation „trägt." Nichts verwendet Eh. zu seinen Unterscheidungen lieber, als das periculum, und doch ist nichts unbrauchbarer dazu. Sogar der Depositar und Mandatar können es übernehmen *) und bleiben dennoch Depositar und Mandatar; Beweis genug, daß der Charakter eines Contractes sich nicht nach dem periculum richtet und ändert; es macht die obligatio stärker, aber zu keiner anderen. Soll sich das vendendum dare von der l. c. operarum durch das periculum unterscheiden, so muß es sich dadurch auch unterscheiden, wenn sie in allem übrigen gleich sind; sind sie aber in allem übrigen gleich, woher kommt es, daß sie in Betreff des periculum ungleich sind? Aber lassen wir das periculum; Eh. gibt als einen anderen Unterschied den, daß „der Trödler — sich von dem „abgeschloßenen Geschäfte durch Restitution der Sache ohne Weiteres los„machen kann." Aus obigen Worten allein wissen wir nicht sicher, ob Eh. dieses Stück des Trödelcontractes für ein wesentliches Stück hält, oder für ein gewöhnliches oder für ein beliebiges; aber nach einem ander-

*) L. 39. D. mand. (17, 1) cf. l. 23. D. r. j. — haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus (contractui) dedit. —

Digitized by Google

weitigen Ausdrucke zu schließen *), hält er es für ein wesentliches. Wir hätten also in dem Trödelcontracte eine Verpflichtung zu denken, die derjenigen, welche der Mandatar und der Socius übernimmt, in einem Stücke nothwendig gleich ist: darin, daß der Empfänger das übernommene Geschäft, wenn er nur will, nicht auszuführen braucht. Allein woher weiß man denn, daß dies dem Trödelcontracte wesentlich ist? Das „Bewußtsein" versagt uns diesmal den Dienst. Aus den Quellen ist es ebensowenig darzuthun. Man wird sich nicht auf die Alternative „ut aut eadem afferres aut pretium eorum" stützen wollen, weil eben nur diese, und sonst keine Verpflichtung übernommen worden sei; eine solche Wortauslegung geht bei b. f. negotiis nicht an, und b. f. negotium war unser Contrakt schon bei den Römern: l. 1. pr. D. h. t. Der Umstand, daß die Römer mit der l. c. operarum verglichen, beweist uns, daß sie denjenigen qui vendendum dat, als Einen betrachteten, der Dienste sucht und löhnt, oder feilgebotene annimmt: der Gedanke an einseitigen Rücktritt konnte hier nicht aufkommen. Aber sie verglichen auch mit dem Mandat; das ist ein Zeichen, daß ihnen derjenige, qui vendendum dat, nicht immer dasselbe Gesicht zu haben schien; tritt er dort auf wie ein Dienstherr, so gibt er hier Vollmacht und Auftrag; dort ersuche ich den Antiquar, mir Bücher zu verkaufen, und handle mit ihm aus auf festen oder ungewissen Lohn; hier schicke ich sie ihm zu, mit dem Auftrag, sie so und so zu verkaufen. In letzterem Fall wird der Antiquar, wenn er gleich schon seine Einwilligung gezeigt hatte, offenen Rücktritt haben. So meinen wir sei die Frage nach dem Recht des beliebigen Rücktritts quaestio facti, und enthalten in der Frage nach der jedesmaligen **) Gestalt unseres Contractes, der bald mehr einer locatio conductio oder einem Kauf, bald mehr einem Mandate gleich sieht. Durch den einseitigen Rücktritt also wäre der Trödelvertrag von der l. c. operarum nur dann verschieden, wenn man ihn mit ihr gar nicht mehr vergleichen darf: wenn er eine ganz andere Intention, z. B. die eines Mandates hat. Wo nun aber so wie in l. 2. cit. eine merces bedungen ist, da hat der Trödelcontract Sinn und Gestalt einer locatio conductio; da konnte Paulus nicht an einseitigen Rücktritt gedacht und nicht seinethalben die actio locatio conducti nicht zugelassen haben. —

---

*) S. 78. „Das Charakteristische bei dem Trödelvertrag war das freie Wahlrecht „des Trödlers, ob er die Sache selbst oder das Pretium restituiren — wollte."

**) Vgl. über das veränderliche Wesen unseres Contractes Puchta, Vorl. §. 313.

Digitized by Google

„Merces intervenit“ will ſagen, daß die merces nur als ein Acceſſorium zu den üblichen Beſtandtheilen des Contractes hinzutritt; daß wir wie ſonſt eine Hingabe mit Schätzung und Einräumung des Mehrerlöſes, daneben aber als außerordentliche Zuthat eine merces, daß wir neben dem ungewiſſen Lohn einen gewiſſen, ſei es für opus faciendum, ſei es für die operae zu denken haben. Wie man in Bayern unglücklichen Notaren durch einen kleinen Gehalt einen feſten Punkt hat bieten wollen, ſo kann der Herr der Waare durch einen gewiſſen Lohn zur Verdienung des ungewiſſen aneifern wollen; der ganze Lohn wird dadurch, daß ein Theil desſeben gewiß iſt, nicht zum gewiſſen; wegen der noch immer vorhandenen Ungewißheit des Lohnes iſt der Contract noch immer keine locatio conductio.

2) Die Römer vergleichen auch mit dem Mandat. Warum? „Es „iſt zweifellos, daß, ſobald eine Sache zum Verkauf übergeben wird, der „Tradent von dem Empfänger eine gewiſſe Thätigkeit erwartet, durch „welche die weitere Veräußerung herbeigeführt, alſo die dem Vertrag zu „Grund liegende Abſicht realiſirt werden ſoll. Eine Gleichmäßigkeit der „Verhältniſſe bei dem contractus aestimatorius und dem Mandat, iſt „mithin nicht blos rückſichtlich der rein äußerlichen, factiſchen Umſtände, „ſondern auch hinſichtlich der nächſten Intention der Partheien allerdings „vorhanden, und es iſt dieſem Moment insbeſondere zuzuſchreiben, wenn „die Römer den Verſuch machten, die actio mandati zur Anwendung zu „bringen —“ (Eh. S. 102). Wir haben hingegen nichts aus-, ſondern nur etwas hinzuzuſetzen. Das facere, welches der Uebernehmer der Waare zuſagt, dünkt uns an und für ſich betrachtet noch zu unentſchieden, als daß es an ein Mandat erinnern könnte; entſcheidend iſt erſt die Form, in der es zugeſagt wird, ob in der der Unterwerfung unter einen Auftrag, oder in Geſtalt eines Verſprechens auf Anfrage. Das vendendum dare kann in Form eines Auftrags von ſtatten gehen, und in ſoweit mochten die Römer an ein Mandat denken. Aber nächſtdem mußte noch ein anderer Punkt an das Mandat mahnen: es möchte ſein, daß der Uebernehmer wenigſtens nicht immer Eigenthümer der Waare wurde, ſo daß er eine fremde Sache verkaufte; um einen ſolchen Verkauf auch für den Herrn der Waare verbindlich zu machen, bedarf er einer Vollmacht, und inſoweit ſteckt etwas von einem Mandate in dem Trödelcontract. Eh. findet noch einen weiteren Vergleichungspunkt, indem er fortfährt: „Die Gratuität des Mandats erſchien hiebei um ſo förderlicher, als die „Miethklage eben wegen des Mangels an einer merces zurückgewieſen

Digitized by Google

„werden mußte, und die Unentgeltlichkeit der aufgetragenen Geschäfts-„führung als Unterschied des Mandates von dem Trödelvertrag, bei dem „eine merces vorzukommen pflege, anzugeben, wie es Cocceji thut, ist „deshalb völlig verwerflich, weil auch bei dem Mandat später eben so gut „ein Salarium vorkam, als bei dem contractus aestimatorius.“ Wir sehen die Beharrlichkeit, mit welcher Ch. nicht nur an der Unentgeltlichkeit, sondern an der Gratuität des Trödelcontractes festhält; aber indessen ziehen die Hausirer durch das Land und nagen an der Verdienstgelegenheit, die ihnen der Kaufherr in dem Mehrerlös geboten, ihren Pfennig ab. Wir haben gemeint, sie schachern um ihren Pfennig, nach Ch. thun sie alles ex officio atque amicitia *). Gäbe das Ch. als seine eigene Ansicht, wir wollten sie noch einmal prüfen; nun er sie aber auf die „Römer“ zurückführt, brauchen wir nur zu sehen:

Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati — esse actionem — quia — mandata gratuita esse debent etc. etc. l. 13. D. pr. v. (19, 5).

Also die Quellen unterscheiden ausdrücklich deswegen, weil die Leistung des Trödlers kein gratiutum ist. Allein später kam ja auch bei dem Mandate ein Salarium vor. Es kam und kommt vor, aber nicht für solche Dienste, wie sie Taglöhner und Handarbeiter zu leisten pflegen; obwohl sie sich zahlen ließen, schienen sie doch zu vornehm für die gemeine locatio conductio operarum; Dienstmiethe liegt vor und Mandat nennt man es; mit diesem Zwitterding darf man nicht vergleichen, wenn man mit dem Mandate vergleichen will. Vergleicht man dennoch, so muß man mit beiden getrennt vergleichen: mit dem was es ist, und davon ist der Trödelcontract durch Ungewißheit des Lohnes verschieden — mit dem, was es heißt, und davon ist er durch Absicht auf Lohn verschieden.

Ulpian weicht von Chambon darin ab, daß ersterer in der Gratuität den Differenz-, letzterer einen Vergleichungspunkt findet. Aber worin nun sieht Ch. den Unterschied? Auch unsere ältern Juristen haben verglichen; allein meistens ist man, sagt Ch., fehlgegangen, zuweilen hat man einen richtigen Punkt, aber „niemals das eigentliche Wesen „und die innere Natur der mit einander verglichenen Rechtsverhältnisse“

*) L. 1. §. 4. D. mandati (17, 1).

Digitized by Google

getroffen (S. 101); bald hierauf gibt Ch. seine Unterscheidung: „Der „Trödler kann sich von seiner contractmäßigen Haftung selbst durch den „gewissenhaftesten Weiterverkauf, also durch Leistung der Geschäftsthätig„keit nicht befreien, und eben deshalb handelt er, wenn er die Negotia„tion vornimmt, für sich, er führt sein eigenes, nicht ein fremdes Ge„schäft." (S. 103). Hierin und „in den weiteren Consequenzen" hievon, also wiederum in der größeren Stärke der Haftung soll nicht nur der Unterschied vom Mandat, sondern das „eigentliche Wesen ꝛc. ꝛc." getroffen sein. Wenn es nur wahr wäre, daß der Trödler also stark hafte oder haften müsse, daß er z. B. an den Herrn keinen Regreß habe, wenn er wegen Eviction hat herhalten müssen — wir wollten uns schon mit der bloßen Wahrheit begnügen und den Blick in die innere Natur Anderen überlassen; vorerst zweifeln wir an der bloßen Wahrheit, und sind jedenfalls mit Ulpians Unterscheidung zufrieden.

3) „Propter aestimationem" meinten die Römer könne man an einen Kauf denken, wie sie denn auch mitunter statt aestimatio pretium setzten; gleichwohl ließen sie die Kaufklage nicht zu*); den Grund geben sie nicht an. Auch Ch. glaubt, daß diese beiden Contracte verschieden, ja daß sie „prinzipiell" verschieden seien, und gibt auch den Grund an: „das Moment, welches den Trödelvertrag von dem Kaufe prinzipiell unter„scheidet, ist die in dem Wesen des ersteren liegende Möglichkeit, daß die „zum Verkauf hingegebene Sache selbst restituirt wird." (S. 93). Auch beim Kaufe liegt die Möglichkeit vor, daß die Sache restituirt wird: ein Einwand, den sich Ch. selber macht; wenigstens sucht er sofort den Trödelvertrag von einer emtio ad gustum, von einer emtio mit der Nebenbestimmung si placuerit, si displicuerit, und von der mit einem pactum de retroemendo zu unterscheiden; denn in allen diesen Fällen und noch in mehreren, wegen ädilitischer Mängel, ob laesionem enormem, überhaupt bei Rescissionen und Resolutivbedingungen kommt es oder kann es zu Restitutionen kommen. Inwiefern nun ist dennoch durch die Restitutionsmöglichkeit der Trödelvertrag vom Kaufe verschieden? Das ist die Frage, die beantwortet werden mußte; statt dessen führt uns Ch. zu neuen Distinctionen zwischen dem Trödelvertrage einerseits, und dem Kaufe ad gustum etc. anderseits S. 94—97. Wir halten uns an jenes prinzipiell unterscheidende Moment und fragen abermals: in wiefern ist die Resti-

*) L. 1. pr. h. t. l. 13. D. pr. v. (19, 5).

Digitized by Google

tutionsmöglichkeit ein solches Moment? Ich glaube, daß so wie Ch. keine Antwort gibt, keine gegeben werden kann. Hier und dort kann restituirt werden; hier und dort kann oft nicht mehr restituirt werden; ob mehr oder minder oft, das macht keinen Unterschied. Uebrigens sind wir mit Ch. der Ansicht, daß sich der Unterschied allerdings um das Heimschlagen der Waare dreht; aber während Ch. den Ton auf die Möglichkeit, auf das Heimschlagen-Können legt, liegt er uns in dem Sollen, darin daß im Trödelcontract die Zurückgabe, wenn gleich nur alternativ, in obligatione ist. Das kommt bei dem Kaufe nicht vor.

Chambon gibt zu, daß der Kauf von dem Trödelcontracte prinzipiell verschieden sei. Man sollte meinen, daß hiemit die Sache abgethan, und ein für allemal der Trödelvertrag kein Kauf sei. Wenn ferner in den Quellen unserem Contracte die Kaufsklagen versagt sind, so sollte man gleichfalls meinen, sie seien für immer versagt. Anders Chambon: der Trödelcontract sei zwar keine venditio, aber eine conditionalis venditio; zwar nicht gleich anfangs, sondern nachher, wenn die Bedingung eingetreten, finde die Kaufsklage statt (S. 76. Nr. 2 sqq. cf. S. 12 sqq. über die Klage insb. S. 29 oben und S. 98 oben): „— Unter „conditionalis venditio haben wir hier nicht sowohl einen unter einer „Bedingung abgeschlossenen Kauf, als vielmehr ein Rechtsgeschäft zu „verstehen, das nach den in ihm liegenden factischen Voraussetzungen die „Natur eines Kaufes erhalten kann, wenn ein gewisses unbestimmtes und „in der Zukunft liegendes Ereigniß eintritt." (S. 78 unten). Auf die Frage, was das für ein unbestimmtes und in der Zukunft liegendes Ereigniß sei, bekommen wir (S. 77) folgende Antwort: „—Zweitens ist „in Folge der Aestimation das Rechtsgeschäft den Charakter eines Kaufs „anzunehmen geeignet, wenn die Schätzungssumme an die Stelle der „Sache nicht im Falle ihres Untergangs, sondern nach der willkürlichen „Wahl des Empfängers treten soll. Dies ist der Fall des Trödelver„trags. Auch hier entsteht ein Kauf, sobald der Trödler sich ent„schieden und dadurch die Aestimationssumme den Charak„ter eines Kaufpreises erhalten hat." Hier gerathen wir auf Bedingungen, von denen nicht das Dasein eines Rechtsgeschäftes, sondern die Entscheidung darüber abhängt, ob ein vorhandenes Rechtsgeschäft nicht nachträglich zu einem anderen werde. Es ist nicht bloß der Trödelcontract, welcher derart umschlagen kann: „Mag „— der Vertrag sein, welcher Art er will, durch die Aestimatio (wenn „durch sie die Gefahr für den die abgeschätzte Sache treffenden Zufall

Digitized by Google

„übertragen werden soll“) kommt zu ihm hinzu eine conditionalis ven„ditio, die Bedingung der Existenz des Kaufs ist der Untergang der ästi„mirten Sache.“ (S. 12 unten). Nach Chambons weiterer Ausführung (S. 13—21) werden z. B. der Pächter, der Commodatur, der Pfandgläubiger zu Käufern — wann? wenn das Kaufsobject untergeht. Wir brauchen nicht auszuführen, daß es kein Rechtsgeschäft gibt, welches aus einem anderen entspringt; es gibt kein Rechtsgeschäft außer demjenigen, welches von den Partheien abgeschlossen wird; wird ein Trödelcontract abgeschlossen, so ist kein Kauf da, und kann daraus niemals einer werden. Indessen führt Ch. jenes Unding auf die Quellen zurück: „Daß für ein derartiges Verhältniß die Römer selbst den Aus„druck conditionalis venditio gebrauchten, bezeugt — l. 10. §. 5. D. j. d. (23, 3): Inde quaeri potest, si ante nuptias mancipia aestimata deperierint, an mulieris damnum sit? Et hoc consequens est dicere. Nam cum sit conditionalis venditio, pendente autem conditione mors contingens extinguat venditionem, consequens est dicere mulieri periisse: quia nondum erat impleta venditio: quia aestimatio venditio est. „Hier bespricht Ulpian den Fall, wenn Dotalobjecte in der Weise ab„geschätzt werden, daß sofort durch die Aestimatio ein Kauf entstehe, „und bemerkt dabei, für dessen Existenz sei (aber) eine nothwendige Vor„aussetzung der Abschluß der Ehe, bis dahin die venditio eine condi„tionalis. Auch hier wollen die Partheien nicht einen Kauf unter einer „Suspensivbedingung eingehen, sondern eine dos bestellen, und nur durch „die Art und Weise, wie dies geschieht, entsteht ein Verhältniß, welches „sofort die Natur des Kaufs annimmt, sobald das weitere Ereigniß des „Eheabschlusses hinzukommt.“ Die Partheien wollen keinen Kauf unter einer Suspensivbedingung eingehen, sondern eine Dos bestellen; die Partheien wollen nicht Eigenthum übertragen, sondern schenken, sie wollen keine Bürgschaft, sondern eine Intercession — sie wollen nicht irgend eine bestimmte Art der Dosbestellung, sie wollen nur das Genus der Dosbestellung in seiner Abstractheit, in seiner Unausführbarkeit! Oder was ist denn diese Dosbestellung bis zu dem Augenblicke, wo sie zum Kaufe wird? Denn irgend eine bestimmte Art Rechtsgeschäft, promissio, datio etc. muß sie sein, um nur vorkommen zu können. Sie kann auch als venditio vorkommen: der Mann bekommt Sachen zu bestimmtem Preis, darf aber letzteren durante matrimonio behalten; dieser Kauf ist ante nuptias noch ein bedingter; ein solcher suspensivbedingter Kauf ist die conditionalis venditio der Stelle. Nebenbei bemerkt, spricht sie auch da-

Digitized by Google

von, daß Untergang der Sache den annoch schwebenden Kauf aufhebe; Ch. läßt einen Kauf aus dem Untergang entspringen.

Chambon hat die Wirkungen des Geschäftes, welche denen eines Kaufs ähnlich werden können, mit dem Geschäfte selbst verwechselt; weil der Trödelcontract je nach Umständen wie ein Verkauf wirken kann, wird er nicht nachträglich selbst zum Verkauf.

4. Endlich vergleichen die Römischen Juristen noch mit der Societät, aber wie es scheint nicht recht sicher:

l. 13. pr. D. pr. v. (19, 5). Ulp.: Si tibi rem vendendam certo pretio deissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati neque pro socio esse actionem — quia — socie as non videtur contracta in eo, qui te nonadmisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.

l. 44. D. pro soc. (17, 2). Utp.: Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem: Si pluris, quod excedit, tu haberes: mihi videtur, si animo societatis contrahendae id aetum sit, pro socio esse actionem; si minus praescriptis verbis.

Wir dürfen nicht zweifeln, daß hier und dort dieselbe Contractsart, das vendendum dare vorliegt; namentlich ist gewiß, daß hier wie dort der Herr der Waare sich eine bestimmte Summe ausbedingt; allein dort erscheint dieser letztere Umstand als Hinderniß der Societät, hier nicht. Wem das auffällt, der merke noch, daß beide Stellen den Namen desselben Juristen tragen.

Die Glosse, die Scholien zu den Basiliken, (ed. Heimb.) Cujacius*) betrachten freilich l. 44. als lex specialis, als bloßen Zusatz zu der generelleren l. 13. pr.; wir möchten uns auch anschicken, das für richtig zu halten; in l. 13. pr. hätte dann Ulpian gesagt: „wer sich so wie der Herr der Waare einen festen Preis ausbedingt, scheint keine Societät gewollt zu haben" — und dabei gedacht: „war dennoch eine Societät gewollt, dann freilich steht jene Bedingniß nicht im Wege;" was hier gedacht, das hätte dann Ulpian in l. 44. ausdrücklich gesagt. Allein l. 13. pr. sträubt sich denn doch gegen diese Aussöhnung mit ihrer Parallele; lassen wir die Worte: quia — societas etc. — die doch nur Entscheidungsgrund sind, außer Acht, so bleibt uns als Sen-

*) Recit. Solenn. zu l. 13. D. pr. v. (19, 5).

Digitized by Google

tenz: Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem — placet, neque pro socio esse actionem. Wie mag Ulpian so rücksichtslos sprechen, wenn er denkt: „unter Umständen kann doch die actio pro socio begründet sein?"

Chambon (S. 107) interpretirt folgendermaſſen: Anzunehmen, daß Ulpian in l. 13. deswegen gegen eine Societät sei, weil der Eine certum pretium ausbedungen, das sei „entschieden irrig;" der wahre Grund sei der, weil derselbe an dem ungünstigen Erfolg des Weiterverkaufs nicht theilnehme; das sei in den Worten qui certum pretium excepit ausgedrückt. Diese Ungleichheit der Belaſtung falle aber — so glauben wir den Schlußgedanken Chambons ausdrücken zu dürfen — weg, wenn beide mit dem animus soc. contrahendae zusammentreten; dann stehe der Societät nichts mehr im Wege. — Weder im Vergleich mit sich selbst, noch in dem zu l. 13. pr. kann uns diese Auslegung gefallen. Wieder einmal die Stärke der Haftung Vergleichungspunkt. Dann kann ja auch von mehreren Socii Einer alles damnum übernehmen; wäre also das Ausgezeichnete des Trödelvertrages das, daß der Empfänger alles damnum übernimmt, so hätten wir im Trödelvertrag nichts als eine Societät, in der der Geschäftsführer alles damnum übernimmt. Ferner interpretirt Ch. als ob certum pretium sibi excipere so viel heiße, als: sich ausbedingen, daß man den Preis gewiß, (unter allen Umständen,) bekomme.

Wir sind der Ansicht, daß zwar beide Stellen den Trödelcontract, aber jede eine andere Gestalt desselben, ein anderes Auftreten der Partheien vor Augen hat, und daß dadurch ihr Unterschied begründet und gerechtfertigt wird. In l. 13. gibt der Herr rem vendendam hin, und so weit konnte ein Mandat vorliegen; es wird unmöglich durch die Nebenbestimmung, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes. Eben diese Bestimmung läßt an die Societät denken, der Theilung des Erlöses wegen. Allein der Herr gibt certo pretio hin. Dieses certo pretio darf man nicht mit rem vendendam in Verbindung bringen, als ob es heiße: rem certo pretio vendendam; damit wäre die Nebenbestimmung ut quo pluris vendidisses tibi haberes im Widerspruch; der Herr gibt certo pretio hin, das certum pretium ist Kaufschilling, und damit stimmen die Schlußworte: sibi certum pretium excepit überein. Dadurch daß der Herr um einen Kaufschilling hingibt, bekommt er die Haltung eines Verkäufers, und deswegen ist der Empfänger nicht sein Socius; dieser hat ihn gebeten, die Sache um so und so viel an ihn abzulassen, oder der

Digitized by Google

Herr hat ihn angegangen, sie um so viel zu nehmen: diese Gestalt des Trödelcontractes widerstrebt der Societät. In den Worten certum pretium könnte man den Nachdruck auf certum legen und den Unterschied von der Societät darin finden wollen, daß der Herr sich nicht nur einen gewißen Theil, sondern eine gewiße Summe von dem Erlöse ausbedingt, während er dem Empfänger nichts als einen ungewißen Theil läßt*); allein Ulpian zeigt uns nicht nur in der fraglichen l. 44, daß er dieses Unterschiedes ungeachtet eine Societät annimmt; er billigt auch anderwärts diese Ansicht **). Wir haben aber auch gar keinen Anlaß, auf certum den Nachdruck zu legen: er mußte dieses Wort brauchen, wenn er von einem pretium reden wollte: er konnte nicht sagen: Si rem tibi pretio dedissem. So werden wir denn auch die Worte seines Entscheidungsgrundes (societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit) folgendermaßen wiedergeben dürfen: „Eine Societät scheint der nicht abgeschlossen zu haben, welcher dich nicht zu gemeinschaftlichem Verkauf aufgefordert, sondern vielmehr an dich verkauft hat." — Ganz anders leitet l. 44 ein; auch hier wird etwas zum Verkaufe hingegeben, auch hier soll dem Geber von dem Erlöse eine runde Summe, der Ueberschuß dem Empfänger zufallen; auch hier also Anlaß an eine Societät zu denken; aber von einem pretium, um das der Empfänger empfängt, ist keine Rede; dieser wird nur aufgefordert, dem Geber aus dem Erlöse decem heimzubringen (ut si ea decem *) vendidisses, redderes mihi decem: si pluris, quod excederet, tibi haberes). Soweit war in dem Geschäfte nichts, was der Societät widerstrebte. Allein abgesehen von der Ungewißheit des Lohnes konnte es auch locatio conductio operarum oder operis sein, und wenn man aus anderwärtigen Thatsachen schließen konnte, daß der Geber den Empfänger wie einen Lohnarbeiter betrachtet haben wollte, so war eine Societät nicht da. Aber allerdings konnten auch Zei-

*) Glück Comm. XV. § 961.

**) L. 52. §. 7. D. pro socio (17, 2). Ulpian: Item ex facto consultum respondisse se, (Papinianus) ait lib. 3. Resp.: Inter Flavium Victorem et Vellicum Asianum placuerat, „ut, locis emtis pecunia Victoris monumenta fierent opera et peritia Asiani: quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit." Erit pro socio actio.

*) Das heißt wohl: „wenn auch nur decem"?

Digitized by Google

chen und Merkmale da sein, daß beide im Sinn einer Societät zusammengetreten; Einer konnte zum Andern gesagt haben: „Ich gib rem her, Du operam; vereinigen wir derart Kapital und Arbeit, so gibt es ein gutes Geschäft.“ Lag ein solcher animus societatis wirklich vor, dann stund einer wahren Societät nichts mehr entgegen.

Das sind die Contracte, mit denen die Quellen und Ch. vergleichen, alle anderen Contracte liegen weiter ab. Eine Schlußbemerkung wird sich dem Leser selber aufdrängen: nämlich die, daß der Trödelcontract zwar ein eigener, gleichwohl aber ein zweideutiger Contract sei. Auch der Kauf, locatio conductio, das Mandat haben unter sich und mit anderen Contracten manches gemein: aber jeder dieser Contracte hat zugleich etwas was kein anderer hat; der Trödelcontract hat nichts, was kein anderer Contract hat: zwar weicht er von je einem anderen Contracte durch etwas ab, er unterscheidet sich von dem Mandate durch das, von der l. conductio durch ein anderes, vom Kaufe wieder durch ein anderes: aber etwas wodurch er sich von allen Contracten zusammen unterschiede, was kein anderer hätte, hat er nicht. So gehört denn der Trödelcontract zu den Mischlingen. Damit hängt es zusammen, daß er bald diesem, bald jenem Contracte gleichsieht, und daß wir nicht begreifen, warum er, wie Puchta meint, gerade dann, wenn er einem Kaufe gleichsieht, der „eigentliche“ Trödelvertrag sein soll. Bemerkenswerth ist ferner noch das Verhältniß, in welchem der animus des Rechtsgeschäftes zu seinem Aeußeren steht. Hingabe zum Verkauf, Aestimation, Alternativität der Verpflichtung zur Rückgabe oder Zahlung, Recht auf den Mehrerlös sind die vier sichtbaren Stücke unseres Contractes; der animus des Kaufes, des Mandates, der l. c. operis, operarum, vermag dieselben nicht selbst zu Kauf, Miethe, Mandat, sondern nur zu etwas Kauf-, Mieth-, Mandat-Aehnlichem zu machen; dem der Societät dagegen widerstreben sie in nichts, dieser kann sie zur Societät selber machen.

3.

Soweit Definition und Diagnose; beide suchen das Individuum und in diesem das Besondere; aber das Individuum steht zugleich auf dem Boden der Gattung: es hat auch Eigenschaften mit anderen Arten gemein. Dahin gehört, was unseren Contract anlangt, die Frage, wie er

Digitized by Google

perfect wird, ob re oder consensu; denn in einem Falle gehört er zur Gattung der Real-, im anderen zu der der Consensualcontracte.

Daß er bei den Römern unter die ungenannten Contracte, mithin unter die Realcontracte zählte, unterliegt keinem Zweifel — schon seiner schillernden Farbe wegen; als Innominat-Realcontract haben ihn auch unsere älteren Juristen behandelt *); in neuerer Zeit ist aber die Frage aufgeworfen worden, ob denn die Innominatcontracte immer noch Realcontracte seien, und wir dürfen es herrschende Ansicht nennen, daß sie es nicht mehr seien **). Auch Chambon tritt ihr bei, und erklärt unseren Contract folgerecht als Consualcontract S. 42—47.

Wir wollen, und wahrscheinlich können wir nichts daran ausetzen, daß der Trödelcontract Consensualcontract sei; eine Bemerkung aber, die sich jedem aufdrängt, der diesem Contract als Consensualcontract denkt, müssen auch wir machen; denken wir einen Trödelcontract, der noch blos auf consensus beruht, bei dem es zur Hingabe der res vendenda noch nicht gekommen ist, so ist das ein ganz anderes Ding, als wenn consensus und Hingabe zusammentreffen. In letzterem Falle haben wir einen hauptsächlich einseitigen, dort dagegen einen wesentlich zweiseitigen Contract; hier liegt die Last der Verpflichtung auf dem Empfänger, dort vorerst auf dem, der geben soll. Hiemit stehen denn ganz neue Fragen und Erscheinungen im Zusammenhang: eine Klage des Trödlers auf Extradition der Waare, eine Klage des Herren auf Uebernahme; die Frage, wer denn jetzt das periculum trage, und wie die allenfallsige litis aestimatio in diesen neuen Klagen zu machen sei. Fast ist der alte Trödelcontract nun nicht mehr zu kennen: selbst sein Name vendendum dare paßt nicht mehr auf ihn.

Mit dem Worte „consensus" statt „res" ist scheinbar eine Kleinigkeit, in der That aber — wenigstens was unseren Contract angeht — die ganze Sache geändert worden.

---

*) Glück, Comm. XVIII. §. 1065.

**) Puchta §. 250. § 218. Anm. c. Paud. u. Vorl.
Bangerow, Leitf. §. 599.
Sintenis, das prakt. gem. Civilr. II. S. 254. Nr. 3.
Arndt's Lehrbuch der Pand. §. 232 Not. 3. in fin.
Seuffert, Pandectenrecht, (3te Aufl.) §. 308. Anm. 1.
Schweppe, d. Röm. Privatrecht III. §. 496.
Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts 3te Aufl. §. 344 u. A. m.

Digitized by Google

Wie schon gesagt: Hieraus deduciren zu wollen, daß zur Klagbarkeit des Trödelcontractes res erforderlich sei, fällt uns nicht bei; aber allerdings ist uns nun einmal das Bedenken gekommen, ob ein Realcontract, selbst wenn die res in ihm zu seiner Klagbarkeit nicht nothwendig ist, nicht dennoch ein eigener, nicht unter den „bloßen Uebereinkünften" oder Consensualcontracten zu verschleudernder Contract sei. Bevor wir in diesem, nicht mehr blos gegen Chambon, sondern gegen die nun herrschende Lehre gerichteten Gedanken weiter gehen, muß genauer betrachtet werden, wieweit, wie und warum man die Realcontracte beseitigt haben will.

Zur Klagbarkeit der Contracte, sagt man, forderten die Römer verba, literae, res; nur ausnahmsweise genügte consensus; hiernach Verbal-, Literal-, Real-, Consensualcontracte; die Literalcontracte dieser Bedeutung sind schon im justinianischen Rechte antiquirt; die Verbalcontracte fanden bei uns keinen Boden; dagegen haben wir den Satz, daß consensus allgemein genüge; also gibt es keine Realcontracte mehr *).

So durchgreifend verfahren aber nicht Alle; den Meisten genügt consensus nicht durchaus: sie fordern res zum mutuum, depositum, commodatum, pignus; diese sind ihnen noch Realcontracte, die Innominatcontracte nicht mehr.

Wir wollen einmal, um zunächst die erstere und einfachere Ansicht näher ins Auge zu fassen, annehmen, daß zur Klagbarkeit unserer heutigen Contracte ganz allgemein consensus genüge und zugeben, was zugegeben werden muß: daß uns verba und literae abhanden gekommen; — folgt daraus, daß wir keine Realcontracte mehr haben? Wenn die res keinen anderen Zweck hatte, als Klagbarkeit zu begründen **), wenn sie auch bei uns keinen anderen haben kann, wenn mit dem Worte Realcontract sonst gar nichts bezeichnet ist, und bezeichnet werden kann, als ein Glied in derjenigen Eintheilung der Contracte, welche von dem Grund der Klagbarkeit ausgeht: dann ist jener Schluß richtig; — so lange dagegen über alle diese „Wenn" noch ein Zweifel erlaubt ist, darf auch

---

*) Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. III. §. 71.
Göschen, Vorl. über das gem. Civilr. 2te Aufl. von Exrl. §. 439. Nr. 440.

**) Wir können unsere Frage nicht schärfer stellen, als sie Puchta Vorl. bezüglich der unbenannten Contracte verneint: „— die Lehre von den unbenannten „Contracten, welche rein auf der Nichtklagbarkeit der Pacta beruht." —

Digitized by Google

die Richtigkeit des Schlusses in Frage gestellt und für möglich gehalten werden, daß der Realcontract in irgend einer anderen Eintheilung ein Plätzchen beanspruchen dürfte.

Mehr Mühe kostet es, die entscheidenden Punkte der anderen und verbreiteteren Ansicht bloszulegen. Hören wir die eigenen Worte Eines ihrer Vertreter *): „Die ganze — Lehre von den Innominatcontracten „des römischen Rechts muß — nothwendig für unser heutiges Recht als „unpraktisch angesehen werden. Da nämlich heutzutage unzweifelhaft der „Grundsatz gilt, daß schon das bloße Pactum als solches vollkommen „klagbar ist, so versteht es sich ganz von selbst, daß jetzt die Leistung, „welche von einer Seite in Folge eines solchen Pactum geschieht, eine „ganz andere Bedeutung hat als nach römischem Rechte. Dieselbe ge„schieht nämlich jetzt begreiflich durchaus nicht mehr contrahendi causa, „sondern blos und allein solvendi causa. Der Paziscent erfüllt damit „eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung auch durch eine Klage hätte er„zwungen werden können — — M. a. W. die Verträge, die nach römi„schem Rechte nur in der Gestalt eines Innominat-Contractes wirksam „waren, sind heut z. T. nichts als einfache Consensualverträge und „alle Besonderheiten, die ja darin ihren Grund hatten, daß erst durch „die Leistung ein Contract für den Leistenden begründet wurde, müßen „eben deshalb von selbst hinwegfallen." — Diese Ansicht geht von denselben Vordersätzen aus, wie die erstere: moderne Klagbarkeit aller pacta — bei den Römern res nichts als Grund der Klagbarkeit. Allein der Schluß ist ein anderer; nicht: also keine Realcontracte mehr — sondern: also keine Ungenannten Realcontracte mehr. Diese Verwerfung stieß aber an etwas an: der gemeine Mann, unbekümmert um uns Juristen, läßt sich nicht abbringen, nicht blos genannte, sondern auch gar manche ungenannte Contracte selbst heute noch mit res zu beginnen; so genügt es nicht, zu sagen, daß diese res die römische Bedeutung nicht mehr habe: es steht uns zu, zu sagen, was sie heutzutage bedeute; wir haben gehört: Erfüllung. Die Richtigkeit der beiden Vordersätze wollen wir auch hier für jetzt dahingestellt sein lassen: dagegen den Schlußsatz und die heutige Bedeutung der res sofort prüfen.

Wäre die res heutzutage, in den Realcontracten überhaupt, oder, durch eine Fügung der Dinge, nur in den Ungenannten Contracten nichts

*) Wangerow, Leitf. p. 599. Anm. V.

Digitized by Google

als Erfüllung einer obligatio, dann müßten wir die Realcontracte, entweder alle, oder die Ungenannten, aus den Gattungen der Contracte entfernen; denn es ist klar, daß man nach der Erfüllung einer obligatio die obligatio selbst nicht bestimmen kann, — weder darnach daß, noch darnach wie sie erfüllt wird. Möchten nun die Römer in der res nebenher noch etwas anderes gesehen haben als Klagbarkeit oder nicht: genug, bei uns ist res Erfüllung, und soweit sie das ist, kein Gattungsmerkmal von Contracten mehr. Also erfordert die Frage, ob res Erfüllung sei, unsere volle Aufmerksamkeit. Stellen wir die Frage an einen einzelnen Fall: Erfüllt derjenige, qui vendendum dat, indem er gibt, eine obligatio? Ganz gewiß, wenn er es schuldig war. Soviel wird man uns einräumen, daß eine solutio ohne debitum nicht möglich ist. Wie mag er dieses dare, die res schuldig werden? Sicher dadurch, daß er und der gegenwärtige Empfänger zuvor einen Trödelcontract in der Weise eines Consensualcontractes, ohne Hingabe, abgeschloßen haben. Aber wie wenn wir den Anstoß zum Geschäfte, so wie etwa in l. 17. §. 1. D. pr. v. (19, 5) — Siquidem ego te rogavi — eine Rogatio sein lassen, und annehmen, daß sie vom Geber ausgegangen ist: „Willst du die Sache zu X?“ und wenn sofort auf die bejahende Antwort die Hingabe erfolgt: erfüllt der Geber, indem er gibt, auch hier eine obligatio? Wenn wir nicht alle Formen abstreifen wollen: Nein. Wir haben zwar keine Stipulatio römischen Sinnes mehr: aber wir haben noch Anfrage und Antwort, und ebensowenig als aus dem Stipulari dem Stipulator kann unserem Fragesteller daraus, daß der Gefragte Ja sagt, eine Verbindlichkeit erwachsen. Oder hat der Fragesteller, indem er fragt, auch zugleich geantwortet? Dann könnte die rogatio niemals von Einem ausgehen, was doch die Quellen gerade bei unserem Trödelcontract haben wollen. l. 17. §. 1. cit. (Siquidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum). Aber wir brauchen hiefür keine Quellen: auf jene Frage und Antwort wird möglicherweise nur der Bejahende verpflichtet. Erfolgt nun die Hingabe, so haben wir eine res ohne vorausgehende Schuld, also eine res die keine Erfüllung ist. Oder sollten wir vielleicht annehmen müßen, daß gleichzeitig, in Einem, durch die Hingabe eine Schuld begründet und erfüllt wird? Dann hätten wir die verworfenen Realcontracte wieder. Zwar wäre die res als Erfüllung das Gegentheil von Begründung, aber sie wäre doch zugleich Begründung einer obligatio, in dem dare wäre ein kleiner Realcontract versteckt. Indessen dürfen wir getrost behaupten, daß im gege-

Digitized by Google

benen Falle res die Bedeutung einer Erfüllung nicht hat. — „Hier hast du die Sache zu X, verkauf sie!“ Du nimmst, ich gebe; gebe ich, weil ich schuldig bin? Wir wollen mehrere Fälle, in denen die res nicht Erfüllung ist, nicht aufzählen, wohl aber den einzigen nennen, in dem sie es ist: es ist der, wo der Herr der Waare dem Empfänger zuvor das vendendum dare versprochen hat. Sollte aber Jemand an der Nothwendigkeit unseres Satzes, daß die res nicht immer Erfüllung sei, zweifeln, so bitten wir ihn noch folgendes zu bedenken. Welchen Sinn eine Handlung habe, kommt auf den Handelnden an; die Wirkungen der Handlung mögen Natur und Recht bestimmen: Sinn und Gedanke gehen vom Handelnden aus. Denkt nun der Geber: „Hier hast du die Sache, verkauf sie!“ daran, daß er eine Verbindlichkeit erfülle? Wenn es Jemand, vielleicht auf Grund von Erfahrungen, bejahen will, dann wird ihn seine Erfahrung zu dem Schluße berechtigen, daß vielleicht auch irgend einmal ein Römer in diesem Gedanken gegeben habe. Dann hätte aber bei den Römern die res nicht blos die Begründung, wie Vangerow sagt, sondern zuweilen auch Begründung und Erfüllung eines Contractes zugleich bedeutet.

Sollte nun aber res, überhaupt, nicht blos zufolge vorgehender Schuld, dennoch Erfüllung sein können: warum lassen denn Vangerow, und die seiner Ansicht sind, die res nicht auch im Darlehen, Commodat, Depositum, Pignus Erfüllung, warum lassen sie diese Contracte noch Realcontracte sein? warum wird blos auf die Nichtrealität der Innominatcontracte, nicht auch auf die der Genannten Realcontracte geschlossen?

Bei Vangerow finden wir hierauf keine Antwort, dagegen anderwärts nicht nur Antwort, sondern Antworten; denn man denkt in Betreff des fraglichen Grundes etwas verschieden. Wir wollen die Antworten von von der Pfordten und Puchta hören.

von der Pfordten*) folgert aus dem „Begriff dieser Verträge;“ nach ihm sind das Darlehen ꝛc. noch Realcontracte, „da die für sich al„lein dastehende Verpflichtung zur Rückgabe vor der Hingabe nicht ge„dacht werden kann.“ Nach dieser Auffassung hat, — was wir vorausbemerken müssen, — die res in den Genannten Realcontracten nicht blos

*) a. a. O. S. 297. S. 284 und so fast wörtlich nach ihm Sintenis, das prakt. gem. Civilrecht. II. S. 254. Nr. 3. Vgl. Arndts a. a. O.

Digitized by Google

die Bedeutung des Klagbarkeit-Grundes; die res gehört zu ihrer Perfection. Im beßten Falle nun ist dieſe Auffaſſung richtig; dann verwickelt ſie aber in eine Inconſequenz. Auch unter den Innominatcontracten nämlich kommen Contracte auf Rückgabe vor; warum ſchlägt hier der Begriff nicht durch?*) Pfordten hat es nicht, wie ſo oft geſchieht, ignorirt, daß es auch Innominatcontracte auf Rückgabe gibt; „aber immer findet dabei der weſentliche Unterſchied“ (von den Genannten Realcontracten) „ſtatt, daß nicht dieſelbe Sache zurückgegeben werden ſoll, „welche hingegeben wurde, oder wenn auch die Vertragsintention darauf „ging, noch ein beſtimmter Zweck damit verbunden war, durch deſſen „Erreichung die Verpflichtung zur Rückgabe wegfiel, oder wenigſtens an „einen andern, als den Geber bewerkſtelligt werden ſollte**).“ Vergleichen wir mit dieſen Worten folgende Stelle:

l. 23. D. pr. v. (19, 5). Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus annulum ostendit, ut respiceret; illi excidit annulus et in Tiberim devolutus est: Respondit, posse agi cum eo in factum actione.

Hier war der Neugierige ſchuldig, denſelben Ring zurückzugeben, den er bekommen; kein Zweck durch deſſen Erreichung die Verpflichtung zur Rückgabe wegfiel, oder wenigſtens an einen andern als den Geber bewerkſtelligt werden ſollte. Wodurch iſt dieſer Contract von einem Realcontract, etwa von dem commodatum unterſchieden? Man möchte glauben, blos dadurch daß dieſes inspiciendum dare kein rechtes utendum dare iſt. Wäre das richtig, dann könnte freilich hier die Hingabe ebenſowenig entbehrlich oder unentbehrlich ſein, als beim Commodatum: Hingabe und Rückgabe würden ſich deswegen nicht minder bedingen, weil man den Ring zum Anſehen anſtatt zum Tragen hingibt. von der Pfordten konnte dieſe Aehnlichkeit zwiſchen jenem inspiciendum dare und dem Commodat nicht überſehen: „— Es läßt ſich kaum eine größere Aehnlichkeit denken, als die, welche die Hingabe einer Sache zur Betrachtung und Rückgabe mit dem Commodatum hat***);“ was er aber für einen Grund hatte, gerade in Betreff der Hingabe und Rückgabe eine Unähnlichkeit zu finden, das wiſſen wir nicht.

---

*) Sintenis a. a. O. hat dieſer Inconſequenz vorgebeugt, indem er alle Contracte auf Rückgabe als Realcontracte betrachtet.

**) v. d. Pfordten a. a. O. S. 286.

***) a. a. O. S. 286.

Digitized by Google

Ist nun aber jene begriffliche Nothwendigkeit: die Verpflichtung zur Rückgabe setze eine Hingabe voraus — nur auch vorhanden? Mit nichten. Die Rückgabe setzt eine Hingabe voraus; die Verpflichtung zur Rückgabe setzt keine Hingabe voraus. Wer das Gegentheil behauptet, verlangt, daß man sich zu nichts verpflichten könne, was nicht sofort geleistet zu werden vermag; das wäre aber nicht nur begrifflich, sondern auch nach Recht und Erfahrung falsch, für den Fall wo eine Rückgabe versprochen wird nicht minder als in anderen Fällen. von der Pfordten macht sich selbst einen Einwand: „Allerdings kommt auch bei der „Miethe eine solche Pflicht zur Rückgabe vor, aber diese erschöpft nicht, „wie beim Leihvertrag, den Begriff, die ganze Aufgabe des Vertrages, „wozu vielmehr die selbstständige Gegenleistung des Miethers als inte„grirender Theil gehört, und deshalb ist die Miethe ihrem Begriffe nach „mit dem Consense perfect, und mit der Hingabe beginnt der Vollzug, „während bei dem Leihvertrage erst mit der Hingabe der Begriff des „Vertrages vollendet ist *)." Pächter und Miethsmann sind im Augenblicke da der Vertrag perfect ist, zur Rückgabe verpflichtet, also häufig noch ehe die Sache ausgehändigt ist; von der Pfordten gibt es zu und er muß es zugeben, daß hier eine Verpflichtnng zur Rückgabe ohne Hingabe ist; denn wäre diese Verpflichtung vor der Hingabe noch nicht da, so wäre sie erst durch die Hingabe da, Pacht und Miethe wären Realcontract; mag gleich die Klage auf Rückgabe vor der Hingabe nichts helfen, die Pflicht zur Rückgabe ist schon vorhanden; der Contract entwickele sich nun weiter, die Hingabe begründet keine obligatio mehr, sie benimmt nur dem Empfänger Einwände, indem in ihr eine Pflicht des Gebers erfüllt wird. Warum nun ist hier eine Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe möglich? Weil sie „den Begriff und die ganze Auf„gabe des Vertrages nicht erschöpft." Also, weil neben der Pflicht zur Rückgabe noch andere Pflichten existiren, deswegen kann sie hier ohne Hingabe existiren, während dies sonst begrifflich unmöglich ist. Daß dieses wahrhaft von der Pfordtens Meinung ist, wird noch gewißer, wenn wir die obigen Worten unmittelbar vorausgehende schon einmal gegebene Thesis wiederholen: „da die für sich allein dastehende Verpflich„tung zur Rückgabe vor der Hingabe nicht gedacht werden kann." Nur die für sich allein dastehende Verpflichtung zur Rückgabe ist ohne Hingabe

*) a. a. O. S. 297.

Digitized by Google

undenkbar. Also versprechen, daß man die noch nicht empfangenen 1000 zurückgeben wolle, ist undenkbar; aber versprechen, daß man die noch nicht empfangenen 1000 zurückgeben wolle und 5% dazu, das ist denkbar. —

Von der Pfordten hat uns nicht erklärt, warum, wenn heutzutage der bloße consensus klagbar macht, nur die Innominatcontracte aufgehört haben Realcontracte zu sein. Hören wir Puchta*): „In „Beziehung auf die Perfection hat auch noch nach heutigem Recht der „Begriff des Realcontracts Bedeutung, nämlich bei den vier benannten „Realcontracten, die auch heutzutage noch in dieser Weise vorkommen; „sie werden erst durch Leistung von Seite dessen, der Gläubiger werden „soll, perfect, eine Leistung, die nicht zur Klagbarkeit, aber dazu erfor„derlich ist, damit der Vertrag existire, auf den die römische Theorie des „mutuum, commodatum, depositum, pignus anwendbar sei." Auch Puchta fordert zu den vier Genannten Contracten die res nicht der Klagbarkeit, sondern wie von der Pfordten allgemeiner, um ihrer Perfection, um ihres ganzen Daseins willen; aber von dem oben bekämpften Grunde weiß er nichts. Freilich deswegen, weil sonst die römische Theorie unanwendbar würde, dürfen wir uns die res nicht aufdrängen lassen: man könnte sonst leicht dazu kommen, der römischen Theorie wegen verba und literas wieder einführen zu wollen; dagegen liegt in jenen Worten wohl die Vorstellung, daß Darlehen, Commodat ꝛc. ohne res ganz andere Contracte werden, — denn nur deswegen könnte die römische Theorie nicht mehr auf sie passen — also dieselbe Vorstellung, welche uns zu dieser Untersuchung gedrängt hat. —

Genügen diese wenigen Züge zur Darstellung der neueren Jurisprudenz über Realcontrakte, so können wir sie noch kürzer in folgender Weise wiedergeben: Ausgehend von dem Satze, daß zur Klagbarkeit obligatorischer Uebereinkünfte bloßer consensus genügt, kommt man ganz allgemein zu dem Satze, daß res zur Klagbarkeit nicht mehr erforderlich sei; während nun aber Einige sie sofort wegwerfen, dünkt sie den Meisten noch erforderlich zu den Genannten Realcontrakten, nicht zur Klagbarkeit, sondern sonst; wie man sagt: zur Perfection. Man weiß aber nicht recht warum.

Diese Letzteren erkennen also an, daß aus der Klagbarkeit der blos-

---

*) Pand. §. 251. Vgl. Vorl. eod.

Digitized by Google

sen Uebereinkunft die Entbehrlichkeit der res noch nicht folgt; sie geben damit stillschweigend zu, daß neben dem — bei uns allerdings geltenden — Satze von der Klagbarkeit bloßer Uebereinkunft die res noch im ganzen Umfange der Römischen Realkontrakte, der Genannten und der Ungenannten, erforderlich sein könne; warum sie es aber in den Ungenannten nicht sei, das sagen sie eben so wenig, oder ebenso ungenügend, als sie zu den Genannten rem bald ohne, bald ohne genügende Begründung fordern. Die Ersteren aber scheinen lediglich in falschem Schluße, zufolge der Klagbarkeit bloßer Uebereinkunft, rem schlechthin verworfen zu haben.

Indessen sind wir dringend aufgefordert, über diese „Sache" klar zu werden. Tagtäglich kommt sie in Contracten die Namen haben und die keinen haben, vor, und wird immer so vorkommen, sie steckt in einem Contracte, und wir wissen nicht als was; als Erfüllung ist sie undenkbar, als Begründung will sie nicht klar werden, was ist sie denn? Weil man es uns verargen könnte, daß wir so Vielen widersprochen haben, wollen wir uns nun der Gefahr aussetzen, daß uns Gleiches mit Gleichem vergolten werde, und auf die so eben gestellte Frage zu antworten suchen.

Wozu forderten die Römer rem? Insofern, wo weder verba, noch literae vorlagen, wenn es auch an einer res mangelte, regelmäßig nicht geklagt werden konnte, ganz gewiß zur Klagbarkeit der Convention. Warum forderten sie rem? Keinesfalls ganz so, wie verba und literas; letztere sind Förmlichkeiten, die numeratio, das deponere, utendum, pignori dare sind keine Förmlichkeiten. Ferner kann es nicht römische Vorstellung gewesen sein, daß zu einem Versprechen, damit es binde, oder klagbar werde, wo nicht verba oder literae, so doch res, nämlich eine Leistung desjenigen, dem versprochen werden soll, außer dem consensus hinzukommen müsse*). Denn hieße das anders, als demjenigen, dessen Wort verbindlich sein soll, müsse man vorher etwas dafür geben, man müsse es ihm baar abkaufen? Das meinten die Römer nicht; wenigstens möchten wir sonst nicht begreifen können, warum das facere nicht als eben so gute Münze ging, wie das dare**). War unser Er-

*) Diese bei uns von jeher so gangbare Auffassung scheint insbesondere der Abhandlung von Liebe über jenen Gegenstand zu Grund zu liegen. Liebe über Wesen und Eintheilung der materiellen Contracte im R. R. Zeitschrift für Civilr. und Proz. XV. f. z. B. S. 211.

**) L. 5 §. 3 §. 4. D. pr. v. (19, 5) cf. L. 7 §. 2. D. pact. (2, 14). L. 5

Digitized by Google

forderniß vielleicht bloße Laune? So ſchnell wollen wir die Hoffnung nicht aufgeben, meinen aber allerdings jetzt ſchon, daß die Frage, ſo lange man ſie ſo ſtellt, wie wir gethan haben: „Warum forderten die Römer rem zur Klagbarkeit?“ nicht beantwortet werden kann. Denn uns dünkt, die Römer haben nicht die res zur Klagbarkeit des pactum, ſondern die Klagbarkeit eines pactum zur res gebraucht.

Der Ausdruck: die Römer forderten zur Klagbarkeit ihrer Conventionen rem — iſt nicht geradezu falſch, aber ſchief und verführeriſch; er bringt auf den Gedanken, daß die Partheien, um das Verſprechen der Gegenparthei klagbar zu machen, etwas geleiſtet, daß ſie ſich alſo der res als Mittel zum Zweck bedient hätten — ein Gedanke der zunächſt für die Genannten Realcontracte falſch iſt; denn hier gibt man nicht nur nicht, um eine klagbare Verpflichtung zu begründen, ſondern überhaupt nicht, um zu verpflichten. Oder gebe ich ein Darlehen in der Abſicht, damit der Empfänger zur Rückgabe verpflichtet werde? Behielte ich es doch lieber daheim! Oder gebe ich eine Sache deswegen zur Benützung, zur Aufbewahrung, zu pfandgerechter Sicherheit hin, damit ſie zurückgegeben werde? Bei keiner Hingabe kann Rückgabe der Zweck ſein; ſonſt fände ſie nicht ſtatt; ein ſolcher Zweck ließe dieſe Handlung gar nicht aufkommen. Dasſelbe gilt für diejenigen Innominatcontrakte, welche zur Rückgabe verpflichten. So gibt z. B. der precario dans unmöglich hin, um zur Rückgabe zu verpflichten; desgleichen der Herr der Waare im Trödelcontrakt, ſo weit dieſer auf Rückgabe geht. Bei den Innominatcontrakten auf Gegenleiſtung konnte zwar der Geber leiſten, um das Verſprechen der Gegenleiſtung klagbar zu machen; damit traf er aber den Sinn des Rechtes, welches nicht geſonnen war, ein Wort erkaufen zu laſſen, nicht. Aber er konnte auch leiſten in dem Sinne, in welchem man bei den Realcontracten auf Rückgabe leiſtet, ja er mochte was immer für eine Abſicht haben, der Wirkung nach leiſtete er hier wie dort: mit Beſchränkung. Der Darleiher gibt, und das Erſte und Nächſte was er thun will, iſt Geben. Dieſes Geben iſt ſein Zweck. Aber er will nicht ohne weiteres geben: juriſtiſch gibt er ganz, er macht den Empfänger zum Eigenthümer; ökonomiſch will er nicht ganz geben; er will nur auf einige Zeit die Nutzung geben, das Kapital aber behalten. Um die

---

§. 3 cit: Quodsi faciam ut des, et postea quam feci, cessas dare: nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.

Digitized by Google

juriſtiſche Wirkung ſeiner Handlung mit ſeiner ökonomiſchen Abſicht zu verſöhnen, um das Zuviel der erſteren einzubringen, dazu bedient er ſich eines Mittels: der Verpflichtung zur Rückgabe derſelben Quantität. Dieſe Verpflichtung iſt um der datio, der res wegen, nicht die res verpflichtungshalber da. Niemand wird läugnen, daß auch im commodatum, depositum, pignus Hingabe zur Benützung, Aufbewahrung, Sicherheit der alleinige Zweck des Geſchäftes iſt; zwar wird hier nicht zu eigen gegeben, und eine obligatio zur Rückgabe wäre deßhalb nicht unter allen Umſtänden nothwendig; aber der Geber iſt durch ſie jedenfalls beſſer daran, als ohne ſie; immer iſt ſie ein Mittel, die Beſchränkung ſeiner Hingabe zu verſtärken. Desgleichen bei den Innominatcontracten, die blos auf Rückgabe gehen, wie das Precarium, ſo wie bei denen, welche theilweiſe auf Rückgabe gehen. Soweit ſie auf Gegenleiſtung, und wenn ſie nur auf Gegenleiſtung gehen, kann zwar, wie ſchon bemerkt, der Geber ſeine Leiſtung als Mittel zum Zweck denken: der Herr kann dem Trödler in der Abſicht hingeben, daß ihm dieſer die Aeſtimation ſchuldig werde; er kann aber auch mit der Einſchränkung hingeben, daß ſich der Trödler zur Zahlung der Aeſtimation verpflichte; ja dieſe Einſchränkung haftet an ſeiner Hingabe, er mag nun geben „damit" oder „mit dem Vorbehalte, daß;" denn jede Verpflichtung, mit einem Empfangen verknüpft, erſcheint als eine Einſchränkung der Hingabe. All das kann nicht bezweifelt werden; daß das Römiſche Recht die Verpflichtung auf Gegenleiſtung in den J. Contracten als Einſchränkung des dare dachte, darüber folgendes.

Was immer man unter jenem Modus, den wir unter den Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften zu behandeln pflegen, verſtehen möge: ſo viel ſteht feſt, daß er, wie dem Worte nach ein Maß, ſo auch dem Sinne nach eine gewiſſe Einſchränkung des Rechtsgeſchäftes bedeutet, als deſſen Nebenbeſtimmung er erſcheint*). Als die Rechtsgeſchäfte, welche derart eingeſchränkt werden, nennt Savigny**) die teſtamentariſchen Verfügungen, (Erbeinſetzung — Legat, Fideicommiß — libertas data) und die Schenkung; wir werden als gemeinſames Merkmal derſeben aufſtellen dürfen, daß ſie ein Geben enthalten. Was die Art und Weiſe der Einſchränkung anlangt, ſo rügt es Savigny**), daß man im Deutſchen ſtatt Modus „Zweck" und „Zweckbeſtimmung" vorgeſchlagen

*) Vgl. Savigny System, S. 229 fgg.
**) A. a. O. S. 227.
***) A. a. O. S. 229, 230.

Digitized by Google

habe; zutreffender sei der Ausdruck „Verwendung“ *), wiewohl selbst der zu abstrakt. Savigny verzichtet auf eine ganz passende Uebersetzung und will Modus beibehalten wissen. Abstrakter nun, wenigstens vieldeutiger, möchte wohl kein anderes Wort sein, als modus; dieses zu übersetzen dürfen wir gar nicht anstreben; es fragt sich, ob wir seinen Sinn, die Art und Weise seiner Einschränkung nicht genauer ausdrücken können, als es das römische Wort thut; „Zweckbestimmung“ und „Verwendungsbestimmung“ scheinen nicht zu abstrakt, sondern zu eng zu sein; wenn etwas vermacht wird mit dem Modus, ut ex eo aliquid faceret, daß der Legatar ein Monument errichte, oder etwas dafür anschaffe, so mag man dies mit „Verwendungsbestimmung“ verallgemeineren; wenn aber vermacht wird, „ut Maeviam uxorem ducat (l. 71 §. 1. D. cond. (35, 1), „ut emanciparet liberos suos“ (l. 92 eod.), „ut filiis rationem reddat“ (l. 17 §. 2. D. manum. test. (44, 4), so geht der Modus über den Kreis der Verwendungsbestimmungen hinaus. Das Wort, welches alle Fälle des Modus begreift, und zugleich seinen Inhalt ausdrückt, heißt Auflage. Diese Auflage nun erzeugt in wenigen Fällen keine obligatio (l. 71 pr. cit. l. 2 §. 7. D. donat. 39, 5) oder nur eine solche, die interventu Judicis befördert werden muß (l. 7. D. ann. leg. 33, 1 in fin.); gewöhnlich aber eine condictio wegen Nichterfüllung, oder eine Klage auf Erfüllung, an deren Stelle mitunter cautiones necessariae.— So ist es denn an und für sich kein unrömischer Gedanke, daß Obligationen dazu dienen, um Geben und Empfangen zu modificiren; es fragt sich nur, ob diese Verwendung von Obligationen zur Einschränkung einer Hingabe auf letztwillige Zuwendungen und Schenkungen beschränkt, ob nicht alles dare einer derartigen Klausel fähig gewesen sei. Was die Genannten Realcontracte anlangt, so mag man sich sträuben, ihre Obligationen einen Modus ihrer res zu nennen: sie so zu denken, dazu ist man gezwungen. Die Verpflichtung des Innominatcontractes hat auch das äußere Gepräge eines Modus. Gibt man einem Laien das Schema do ut des, do ut facias in die Hand, so macht er aus dem ut leicht ein „damit;“ der Jurist dürfte derwägen, ob ut nicht auch hier für ita ut stehe. In dem Innominatcontract der l. 13 §. 1. D. pr. v. 19, 5 (— si puerum docendum — dedero — ita ut si post certos annos

*) Vgl. Arndts, Lehrb. der Pand. §. 74. („Zweckbestimmung,“ „Verwendungsbestimmung“).

Digitized by Google

venisset, pretium inter nos communicaretur) kommt ſtatt des bloßen ut das ita ut vor; wir dürfen darauf hin die Behauptung wagen, daß die Weglaſſung des ita in anderen Fällen eben ſo zufällig iſt, als bei anerkanntem Modus bald ut, bald ita ut ſteht. Leitet die Formel do ut des etc. zu dem anerkannten Modus hinüber, ſo leitet der Modus bei Schenkungen zu den Innominatcontracten herüber. Wie weit ſteht das donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet — *) und: rerum tuarum proprietatem ita dedisti, ut post mortem ejus, qui accepit, ad te rediret — **) von Innominatcontracten ab? Die Thatſache ferner, daß hier auf Erfüllung des Modus „ut impleatur," eine praescriptis verbis actio gegeben wird ***), drängt zu dem Gedanken an Innominatcontracte; daß dann auch hier, wie bei den Innominatcontracten, neben der Klage auf Erfüllung eine condictio wegen Nichterfüllung hergeht, brauchen wir nicht zu erwähnen †). Iſt demnach alles dare einer klagbaren Auflage fähig, ſo paßt ſie anderſeits von Natur aus nicht recht zu einem facere und auch das Römiſche Recht hat hier nach einer beſonderen Auskunft geſucht. —

Durch die Frage, warum die Römer zur Klagbarkeit ihrer conventiones rem gefordert haben, ſind wir zu dem Satze gekommen, daß ſie ſich klagbarer conventiones zur Modificirung ihrer res, der datio, bedienten. Wir könnten nun noch bei dieſer Klagbarkeit und ihrem Grunde verweilen, ausführend: daß ſie in einem altrömiſchen Gedanken, in der Geſetzgebung des Herrn über ſeiner Sache, wurzle; daß dieſer Gedanke ausdrücklich und förmlich nicht nur in der donatio sub modo ††), ſondern auch in den Innominatcontrakten †††) und den Genannten Realcontracten *)

*) L. 1 C. don. quae sub modo (8, 55) a. 259.

**) L. 2 eod. a. 285.

***) L. 9 C. don. (8, 54) cf. L. 22 eod.

†) L. 2 §. 7. D. don. (39, 5). L. 8. C. cond. ob. cans. dat. (4, 6).

††) L. 3 C. contr. emt. (4, 38). Diocl: legi, quam tuis rebus donans dedisti, parere convenit, cf. l. 9 C. Don. 8, 54.

†††) L. 8. D. pr. v. (19, 5). Si dominus servum, cum furto argueretur quaestionis habendae causa aestimatum dedisset — — praescr. verbis agi posse; nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur — cf. l. 20 §. 1. D. pact. dot. (23, 4): Si extraneus de suo daturus sit dotem, quidquid vult pacisci — potest; legem enim suae rei dicit.

*) L. 24. D. dep. (16, 3). — Et est quidem constitutum, in b. f. judiciis,

Digitized by Google

fortlebe; daß eine lex, um Obligationen zu begründen, früher nicht über einem bloßen dare, ſondern über einem mancupio dare geſprochen, und daß ſie ſelber verbis solennibus geſprochen ſein mußte; daß dann bei ſteigendem Einfluß der fides bona *) und Gründung eines jus gentium **) zunächſt in einzelnen Geſchäften, welche die lex in ihrem Namen, und an einem bloßen dare gerne genug hatten, von jenen Förmlichkeiten Umgang genommen wurde; daß aber der Gedanke ſo, wie er von einem Gattungsgeſchäfte, dem mancupio dare, herkam, ſich endlich auch über jene Individualitäten (mutuum, utendum, concreditum (Plautus) pignori dare) hinausarbeitete und wieder bei einem Gattungsgeſchäfte, bei dem dare anlangte und alle Conventionen, die dieſem beigefügt wären, in dem Schema do ut des, do ut facias für klagbar erklärte, ſo daß ſchließlich von der alten Formalität nur mehr zwei Ueberreſte blieben: einmal die Nothwendigkeit, mit der res die lex in einem und demſelben Geſchäfte — gleichzeitig — zu verbinden ***); dann daß die res, wenn kein förmliches, ſo doch ein dare, nicht ein bloßes facere, ſein mußte.

Für all das ſcheinen die Quellen nicht karg zu fließen, wir wollen auch nichts neues geſagt haben. Allein wichtiger als dieſe Klagbarkeit ſammt ihrem Grunde wird uns jetzt die Wiederholung der Frage, ob denn die res bei den Römern blos die Bedeutung hatte, pacta klagbar zu machen? Von der Vorſtellung, welche die res als eine Ausſchoppung der pacta betrachtet, ſind wir abgekommen; noch ſteht uns die res als Grund der Klagbarkeit eines pactum da: aber nicht wie ein Mittel das dieſen Zweck hat, ſondern als ein Zweck, der dieſes Mittel erheiſcht. Aber die res iſt für den Realcontract nicht blos Grund der Klagbarkeit; ſie iſt noch mehr für ihn, ſie iſt zwar nicht ſein Alles, wohl aber die Hauptſache; denn ihretwegen iſt der Modus, iſt

---

quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra b. fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram: Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

*) Cf. l. 24. D. dep. cit. L. 7 §. 5. D. pact. (2, 14) — interdum format ipsam actionem, ut in b. f. judiciis. —

**) L. 7. pr. cit: Juris gentium conventiones quaedam actionem pariunt etc.

***) L. 7 §. 5 cit: (nuda pactio) interdum format actionem. — Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta conventa subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint — cf. l. 24 cit.

Digitized by Google

die certa lex, das pactum conventum, die stillschweigende conventio, — sie selbst ist für sich da. Und was ist sie denn? Da wir das facere bei Seite lassen müssen: ein dare, also selbst ein Vertrag. Die res bedeutet uns also einen Vertrag, einen Realvertrag, und der Realcontract ist eine Mischung aus zweierlei Vertragsgattungen: aus einem Realvertrage und aus einem obligatorischen Vertrag; eine Mischung in der der obligatorische Vertrag dem realen als unter- oder beigeordnet erscheint.

Solche Mischung erzeugt auch unser Verkehr, in unabsehbarer Mannigfaltigkeit, tagtäglich: nicht blos deponiren und leihen, und verpfänden wir, wie die Römer; an ein namenloses Geben hängen wir Verpflichtungen aller Art. Wäre nun gar nichts, als diese Mischung; wir dürften sie nicht zerseßen. Dazu nun aber kommt, daß wir ein derartiges Geschäft in seiner zweifaltigen Einheit gar nicht auseinanderlegen können, ohne es zu zerstören; wie das einseitige Versprechen ein anderes Geschäft ist, als das gegenseitige, so ist das dare ohne Auflage etwas anderes, als das mit Auflage, und die Auflage für sich ist entweder nicht denkbar, oder wird aus Gebot und Unterwerfung zu einem Versprechen mit ganz anderen, juristisch erheblichen, Voraussetzungen. Ferner steht es uns auch nicht an, in solchen Geschäften, selbst wenn sie keinen Namen haben, die res zu ignoriren; sonst ignoriren wir die Hauptsache; denn mag die Parthei geben aus was immer für einem Grunde, und vielleicht in der Absicht, um zu verpflichten; die Verpflichtung neben dem dare ist und bleibt dessenungeachtet eine Schranke des dare, ein Modus. Ignoriren wir nun eine Schenkung, weil ihr ein Modus beigefügt ist, oder einen Wagen wegen des Radschuhes? Sofort sind wir gar nicht einmal im Stande, aus einem Contracte, der mit res beginnt, etwas anderes zu machen als einen Realcontract; versuchen wir es, ihn in einen Consensualcontract umzudenken, so bleibt immer diese res da, sie steckt im Contract, und man kann nicht sagen wozu. Oder sollten wir endlich deswegen, weil es heutzutage mit der Klagbarkeit anders steht, irgend einen Realcontract aufgeben? Bei den Römern waren nuda pacta klaglos; die mit datio verbundenen pacta waren nicht nuda pacta, nicht klaglos; heutzutage sind auch nuda pacta klagbar: — können wir daraus schließen, daß heutzutage pacta nicht mehr mit datio, res vorkommen? Gewiß nicht. Oder können wir schließen, daß es nun keine Realcontracte mehr gibt? Wir können es, wenn „Realcontract" nichts anderes bedeutet, als Contract, dessen Klagbarkeit durch res begründet ist; wenn er aber auch eine Verpflichtung

Digitized by Google

neben einer res, einen obligatorischen Vertrag neben einem Realvertrag bedeutet: dann nicht.

So werden wir denn die Realcontracte im vollen Umfange des Römischen Rechtes beibehalten, innerhalb der Verträge Realverträge und obligatorische Verträge unterscheiden, und zwischen hinein gemischte schieben müssen. Daß der Trödelcontract als ein solcher gemischter Vertrag vorkommen könne, ist so sehr gewiß, daß ihn Manche, welche sonst nur die Genannten Contracte Realcontracte sein lassen, letzteren noch beizählen*).

„Wenn wir einmal den Trödelcontract als einen Consensualcontract „betrachten müssen, so kann von einer Rückforderung des Geleisteten, also „von einem einseitigen Rücktritt nicht mehr die Rede sein." (Chambon, S. 49). Einseitiger Rücktritt, und condictio causa data causa non secuta sind noch immer zweierlei. Uebrigens werden wir diese condictio den Innominatcontracten überhaupt, sofern sie als Realcontracte vorkommen, nach obiger Auffassung nicht entziehen dürfen.

4.

Denken wir uns nun den Trödelcontract als Realcontract, so entsteht die Frage, ob hier das dare Eigenthumsübertragung sei, oder bloße traditio, Besitzübertragung. Was die praktische Bedeutung dieser Frage im Allgemeinen anlangt, so kann man ihr eine solche ebensowenig absprechen, als läugnen, daß Besitz und Eigenthum zwei praktisch verschiedene Dinge seien; was aber die einzelnen praktischen Consequenzen anlangt, so können wir diejenigen, welche Chambon hervorhebt: daß damit auch in Betreff des periculum etwas entschieden werde, daß der Trödler, falls Eigenthum auf ihn übergeht, periculum trage**) — nicht anerkennen. Würde der Trödler, wenn Eigenthum auf ihn übergeht, blos Eigenthümer, dann müßte die Regel „res perit domino," ohne weiteres platzgreifen; nun er aber alternativ obligirt ist zur Rückgabe der wenn gleich eigenthümlich überkommenen Sache, so könnte auch die andere Regel platzgreifen: res perit ei cui debetur. Oder sollte es keine Fälle geben, in denen der Eigenthümer das periculum nicht trägt? Um von den alltäglichen zu schweigen: In l. 2. §. 1. D. de in diem addict. (18, 2) wird bemerkt, daß der Untergang der dem Käufer in diem addicirten, aber pure verkauften Sache ihn, den Käufer, treffe. Man kommt auf den Gedanken: deswegen, weil er hier Eigenthümer gewor-

*) Vergl. z. B. Seuffert a. a. O.

**) S. 75. 68.

Digitized by Google

den ist. Aber die nächstfolgende Stelle gibt folgenden Grund an: Quoniam post interitum rei jam nec afferri possit melior conditio. Also nicht den, daß er Eigenthümer ist, sondern weil das sub conditione resolvi zu einem non resolvi geworden ist, weil alle Verpflichtung zur Rückgabe der Waare erloschen ist. l. 10. pr. D. j. d. (l. 23, 3) beginnt mit den Worten: Plerumque interest viri, res non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum perveniat — erst die Aestimation macht sein Eigenthum gefährlich. Wo die Römischen Juristen nach dem periculum im Trödelcontract fragen, — und es geschieht, wie wir noch sehen werden, öfter — da rühren sie die Frage nach dem Eigenthum gar nicht an.

Indessen unterscheidet sich Eh. in der Untersuchung über unser dare immerhin vortheilhaft von anderen Juristen: diese folgern eines aus dem anderen, das periculum aus dem Eigenthum und umgekehrt S. 68 sqq. Eh. untersucht jedes für sich. „Das Eigenthum kann als Folge des „durch die Aestimation herbeigeführten Kaufes nicht schon bei Abschluß „des Geschäftes, sondern, sobald kein Credit gegeben wurde, erst dann „übergehen, wenn die Aestimationssumme bezahlt worden ist. Ergibt „sich aber, wie es mindestens sehr häufig der Fall sein wird, aus den „Verhältnissen, daß der Tradent creditiren wollte, so erfolgt der Eigen„thumsübergang schon dann, wenn der Eigenthümer nicht die Sache „selbst, sondern das Pretium zu restituiren sich entschieden hat.“ Also keinesfalls sofort mit Hingabe der Sache gehe Eigenthum auf den Trödler über, sondern jedenfalls erst später. Wie nun aber, wenn der Herr sofort Eigenthum auf ihn übertragen wollte, ist das undenkbar oder unausführbar? würde das dem Trödelcontract seinen Charakter nehmen? wir meinen, es würde ihn nur entschiedener machen, das etwas indifferente dare vollends ausprägen. — Wann das Eigenthum nachrücke, hänge davon ab, ob der dominus dem Trödler die Aestimationssumme creditirt habe, oder nicht. Wir meinen nun zwar, bei dem Contracte ut eadem mihi afferes aut pretium, sei das pretium immer creditirt; sollte es nun aber gleichwohl in einem Falle nicht creditirt sein, wann wird hier der Trödler Eigenthümer? Wenn er zahlt. Der Trödler wird also meistens dann Eigenthümer, wenn er verkauft hat; denn jetzt erst pflegen Leute seines Handwerkes zu zahlen; darauf ist der Contract selbst angelegt: „ut ea distracta pretium ad me afferres *).“

*) Paul. R. S. II. 4. §. 4.

Digitized by Google

Bemühen wir uns nicht weiter, alle Conſequenzen des Chambon'ſchen „Grundſatzes“ zu ziehen: er ſtammt, wie der Leſer ſchon ſelbſt gemerkt hat, aus jener conditionalis venditio, aus jenem Verkauf, der erſt hintendrein ſich aus dem Trödelcontract entwickle; aus ihm entſprang der Gedanke an die Creditirung, aus ihm etwas, was wir nicht minder als ihn ſelbſt vorwerfen müſſen. — Die Quellen ſagen zu unſerer Frage nichts. Man denke ja nicht daran, daß etwa ſchon mit dem Worte dare der Eigenthumsübergang entſchieden ſei; mit ſolcher Beſtimmtheit ſteht es in der Klagformel*) und in der Stipulation**), nicht auch in dem Schema der Innominatcontracte do ut des etc. So muß z. B. in dem Contracte: „Si tibi areae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas“ — ausdrücklich bemerkt werden, daß das dare Eigenthum übertrage und bei dem darauf folgenden puerum docendum dare wird ohne weiteres angenommen: quod hic dominus esse non desinit. l. 13. §. 1. D. pr. v. (19, 5). Da nun die Quellen nicht entſcheiden, entſcheiden lediglich die Paciſcenten; auf ſie kommt an, was aus dem dare werden ſoll, ob ein consensus dominii transferendi et accipiendi platzgreift oder nicht. Freilich werden Geber und Empfänger es ſelten in Worten ausdrücken, was ſie wollen; wohl aber in der Geſtalt, die ſie dem Trödelcontracte geben. Stellen ſie ſich wie Verkäufer und Käufer, dann iſt das dare ein tradere, was aber si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum***); außerdem wird ein animus dominii transferendi ſelten anzunehmen ſein.

Wir erlauben uns hier noch eine Anmerkung zu Puchta†). Er hat längſt gelehrt, daß man die Frage nach dem Eigenthumsübergang nicht für alle Fälle gleich beantworten könne. Sofern er aber ſagt, daß der Eigenthumsübergang ſtattfinde, wenn venditionis gratia äſtimirt ſei, und daß das Eigenthum mit Reſolutivbedingung übergehe, möchten einige Zweifel begründet ſein. Dürfte man in dem Falle, wo res in dotem, mit Aeſtimation, aber unter der Auflage hingegeben werden, ut aut

*) §. 14. J. act. (4, 6): — Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat. Nec res quae jam actoris est, magis ejus fieri potest. cf. Gaj. IV. §. 3.

**) L. 75. §. ult. D. V. O.: Haec stipulatio: fundum Tusculanum dari — continet — ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoque modo.

***) L. 11. §. 2. D. act. emti et vend. (19, 1).

†) Vorl. §. 313.

Digitized by Google

aestimatio, aut res praestentur*) — ſagen, es ſei venditionis gratia äſtimirt? Mir dünkt, weil keine venditio vorliegt, nicht. Ebenſowenig aber liegt im Trödelcontract ein Kauf vor. Aber auch in der Annahme einer Reſolutivbedingung blickt die Neigung durch, den Trödelcontract wo er dem Kauf gleicht, als Kauf ſelbſt zu denken; die Alternativität der Verpflichtung, die den Kauf ausſchließt, ſcheint in eine einfache obligatio zur Zahlung des Preiſes, hiemit in einen wirklichen Verkauf, aber mit einer Clauſel wie ni displicuerit, hinübergedacht zu ſein.

5.

Was nun endlich die oft bemerkte Tragung der Gefahr anlangt, ſo machen die Quellen noch immer Schwierigkeit. l. 1. §. 1. D. aestim. (19, 3). Ulpian. ſpricht die Gefahr ſchlechthin dem Empfänger zu: Aestimatio periculum facit ejus, qui suscepit; l. 17. §. 1. D. pr. v. (19, 5)**) Ulpian. l. 11. pr. D. r. cr. (12, 1)***) Ulpian. Paulus R. S. II. 4. §. 4.†) unterſcheiden, und zwar in großer Uebereinſtimmung darnach, ob der Anſtoß zu dem Geſchäft von dem Geber oder dem Nehmer ausgegangen ſei; denn das Intereſſe an dem Geſchäft (l. 11. pr. cit.) und die Anregung dazu (l. 17. §. 1. pr. v. cit.) dürfen wir für gleichbedeutend halten.

Die Sühneverſuche, welche man vor Chambon angeſtellt hat††), wollen uns nun freilich auch nicht befriedigen; in l. 1. §. 1. cit. die generelleren oder unvollkommeneren, in l. 17. pr. etc. die ſpeziellere oder vollſtändigere Beſtimmung zu ſehen, iſt eine Interpretationsweiſe, welche zwar auf das Corpus Juris, aber nicht auf den Juriſten paßt; es wäre denn Ulpian damit interpretirt, daß man ſagt: er habe in dem einen Ausſpruche ſo in Bauſch und Bogen geſprochen, daß er auf eine ganze Hälfte von Fällen gar keine Rückſicht genommen; erſt in den anderen

*) L. 10. §. ult. D. j. D. 23, 3.

**) — et sit Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum; si tu me tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum e culpam mihi praestes.

***) S. oben Nr. 1. S. 1.

†) Si rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me adferres, eaque perierit, si quidem ego te rogavi, meo periculo erit: si tu de vendenda promisisti, tuo periculo erit.

††) Siehe S. 60 sqq. ſeiner Abhandlung.

Digitized by Google

Stellen habe er die Augen ganz aufgethan. Ebensowenig können wir Vertrauen zu denen fassen, welche in l. 1. §. 1. cit. nur ein periculum quod dolo vel culpa acciderit sehen und noch weniger zu denen, welche den Grund der Verschiedenheit darin erblicken, daß hier X aut res, dort res aut X in obligatione seien. Aber auch Chambon will uns nicht genügen.

Es gibt eine Aestimatio, sagt er, „die zum Zweck der vorläufigen „Werthbestimmung der einzelnen Theile vorgenommen, die contractmäßige „Haftungspflicht in keiner Weise berührt, eine andere, welche dieselbe „bis zur Verbindlichkeit für custodia einzustehen erhöht. Beide Aestima„tionen, wie sie in selteneren Fällen vorkommen, sind auch entschieden „als die Ausnahme anzusehen; der Hauptzweck, zu welchem eine Aesti„matio vor sich geht, also eine Summe bestimmt wird, die an die Stelle „der Sache treten soll, ist ersichtlich der, um den Empfänger für jeden „Fall zu verpflichten d. h. ihm das periculum casus zu übertragen. — „Von dieser Anschauung aus erscheint es als völlig natürlich und gerecht„fertigt, wenn zunächst Ulpian in der l. 1. D. h. t. sagt: Aestimatio „facit periculum ejus, qui suscepit." Sehen wir von den Worten — denn es ist doch nicht die aestimatio, welche etwas bewirkt, irgend eine Haftungspflicht erhöht*), ab — der Gedanke ist richtig. Auf ästimatorische Contracte überhaupt bezogen, können Ulpian's Worte allerdings sagen: „In ästimatorischen Contracten geht das periculum meistens auf den Empfänger über;" denn daß dem so sei, hat Ch. durch eine, wie uns dünkt, sehr verdienstliche Zusammenstellung der verschiedenen Classen von ästimatorischen Contracten dargethan. S. 10—33. Was nun aber läge näher, als fortzufahren: „Im Trödelcontracte aber ist es anders; hier geht die Gefahr bald über bald nicht." So gefaßt würde l. 1. §. 1. cit. allerdings das Gewöhnliche, l. 17. §. 1. cit. etc. etwas Außerordentliches ausdrücken; etwas Außerordentliches wäre es, daß in einem ästimatorischen Contracte die Gefahr nicht schlechthin übergeht; aber deswegen wären diejenigen Fälle des Trödelcontractes, in denen die Gefahr nicht übergeht, nichts Außerordentliches im Vergleich zu denjenigen, in denen sie nicht übergeht; sie hätten etwas Außerordentliches im Vergleich

*) S. 11: „die gesammte Wirkung der Aestimatio beschränkt sich in diesem Falle „darauf" S. 57: „Wirkungen der für das ganze Verhältniß maßgebenden „Aestimatio" S. 66: „bei dieser Meinung werden Ursache und Wirkung, Aesti„matio und Periculum fortwährend verwechselt."

Digitized by Google

zu der ganzen Gattung äſtimatoriſcher Contracte, aber nichts außerordentliches innerhalb ihrer eigenen species. So meine ich, hätte Ch. fortfahren können, und wäre uns allenfalls noch der Beweis geliefert worden, daß Ulpian in l. 1. §. 1. cit. von einer Gattung, nicht blos von dem Trödelcontracte ſpreche, ſo hätten wir ſeine Auslegung und Auffaſſung für richtig gehalten. Nun aber verfällt Ch. bei dem Uebergang zur Auslegung der entgegengeſetzten Stellen auf den Gedanken, daß diejenigen Fälle des Trödelcontractes, in welchen die Gefahr nicht übergeht, in Vergleich zu denjenigen, in welchen ſie übergeht, Ausnahme ſeien: „ebenſo (wie bei der dos aestimata in l. 10. D. j. d. (23, 3) „mußte er (Ulpian) prinzipiell im Allgemeinen die Verantwortlichkeit „für das periculum casus auch hier (im Trödelcontract) als Folge der „Aeſtimatio anerkennen. Allein ſo gerechtfertigt nun auch der eine Aus„ſpruch des Juriſten erſcheint, ſo nothwendig wurde für die in ihm ent„haltene Regel eine Modification durch die Natur der Aeſtimatio beim „Contractus aestimatorius herbeigeführt." S. 88. Wir wollen vorläufig dahingeſtellt ſein laſſen, ob es Prinzip des Trödelcontractes iſt, daß Gefahr übergehe; ob das Gegentheil hievon eine Modification dieſes Prinzipes, oder Ausnahme ſei, und ob endlich die Aeſtimatio überhaupt und ſo insbeſondere hier nicht nur eine Natur ſondern eine ſolche Natur habe, daß ſie, als ausnahmwirkende Urſache auftreten kann — wir wollen jetzt nur genauer zuſehen, was Ch. als Ausnahme denkt und wie er es denkt. „Wenn ich, ſagt der Juriſt, dich um den Verkauf meiner Sache „gebeten habe, ſo trage ich die Gefahr. Das iſt der Fall, wo die Ae„ſtimation, wenn auch nicht ausſchließlich, (denn dann wäre ein Trödel„contract nicht mehr vorhanden) doch vorzugsweiſe, wie bei dem Mandat „zu dem Zweck vorgenommen wird, um dem Empfänger der Sache anzugeben, „wie theuer er verkaufen ſoll. Wenn dagegen, heißt es weiter, du mich um „die Erlaubniß, meine Sache zu veräußern, gebeten haſt, ſo fällt dir das pe„riculum casus zu; dies iſt der Fall, wo die Aeſtimation ebenfalls nicht „ausſchließlich, aber ebenfalls vorzugsweiſe den Preis beſtimmt, den der „Trödler zu zahlen hat." Ganz unſeren Quellen treu läßt Ch. die Gefahr in denjenigen Fällen beim Geber, wo der Anſtoß zum Geſchäfte von ihm ſelbſt ausgeht. Allein ſind das Ausnahmsfälle? wer vermag es zu zählen, ob im Trödelcontracte die rogatio öfter vom Geber oder öfter vom Empfänger ausgeht? Von Ausnahmsfällen in dieſem Sinne kann Ch. unmöglich ſprechen. Allein in der Jurisprudenz bedeutet Ausnahme nicht nur ein ſeltenes factum gegenüber dem gewöhnlichen, ſondern auch einen Rechtsſatz, der

Digitized by Google

in einem gewiſſen Verhältniß zu einem anderen Rechtsſatze ſteht. Vielleicht nun denkt Ch. an dieſe letztere Art von Ausnahme, ſo daß er nicht behauptet, der Anſtoß zum Trödelcontract gehe nur ausnahmsweiſe von dem Geber aus; wohl aber ſei der Satz, daß die Gefahr beim Geber bleibe, wenn der Anſtoß von ihm ausgebt, ein exceptioneller Rechtsſatz. Dieſe Exception müßte Ch. beweiſen. In der That ergibt ſich aus dem Zuſammenhalte ſeiner zuletzt apoſtrophirten Worte mit ſonſtigen Aeußerungen und Grundſätzen, daß er zu dieſer zweiten Art von Ausnahme hält, und faſt meinen wir, glaubt er ſie auch ſchon bewieſen zu haben. Die Aeſtimation bewirkt*), ſo denkt Ch. — Uebergang der Gefahr; das iſt Regel, Rechtsregel, ja Prinzip**). Mitunter bewirkt ſie das nicht; das iſt Ausnahme, exceptioneller Rechtsſatz. Alſo beruht auch der Nichtübergang der Gefahr im Trödelcontract auf einem exceptionellen Rechtsſatz. Da ein jeder Ausnahmeſatz aber ſich auf gewiſſe beſondere Vorausſetzungen gründet: unter was für beſonderen Vorausſetzungen geht im Trödelcontract die Gefahr nicht über? Die Quellen ſagen: wenn der Geber angefangen hat; Ch. ſagt es auch; allein das iſt ihm nicht genug, und kann ihm nicht genug ſein; denn dieſe Vorausſetzung hat nichts beſonderes. So greift er noch zu einer anderen Vorausſetzung, die er aber immer zugleich mit jener anderen vorkommen läßt. „Wenn ich — dich um „den Verkauf meiner Sache gebeten habe, trage ich die Gefahr. Das „iſt der Fall, wo die Aeſtimation — vorzugsweiſe — vorgenommen „wird, um dem Empfänger — anzugeben, wie theuer er verkaufen ſoll.“

In dieſer Argumentation iſt nun Glied für Glied falſch. Um von unten aufzuſteigen: falſch iſt, daß irgend einmal im Trödelcontracte äſtimirt wird, um den Empfänger der Sache anzugeben, wie theuer er verkaufen ſoll; der Herr äſtimirt, damit der Trödler wiſſe, nicht wie theuer er verkaufen, ſondern wie viel Geld er heimbringen muß; wie theuer er verkaufe, das iſt ſeine Sache; das Recht auf Mehrerlös, unſerm Contracte weſentlich, wäre ſonſt undenkbar. Falſch iſt ferner der Ausnahmsſatz ſelbſt; nicht nur daß ſeiner die Quellen mit keiner Sylbe gedenken: es fehlt an aller Gelegenheit zu ſeiner Anwendung; in dem Falle, wo die Gefahr beim Herren bleibt, liegt ſo gar nichts beſonderes, daß auch der Satz, daß ſie bei ihm bleibe, nicht als Ausnahmsſatz gedacht werden kann; es iſt das größere Intereſſe des Herren an dem Geſchäfte,

*) S. oben Anm. S. 38.
**) S. 87. 88.

Digitized by Google

welches die Gefahr bei ihm festhält; daß hierauf die Regulirung des periculum gegründet wird, ist ganz im Geiste derartiger Bestimmungen, keine Besonderheit. In l. 11. cit., wo dieses mit größerer Ausdrücklichkeit hervortritt, hat Chambon, wie wir gleich eingangs sahen*), das vendendum dare als Kaufsmandat erklären müssen. Falsch ist aber endlich die Regel selbst, daß die aestimatio den Uebergang der Gefahr bewirke. Die aestimatio bewirkt nichts, also auch keine Gefahr. Wäre die aestimatio Ursache irgend einer größeren Haftung, wie könnte sie bald blos zur diligentia, bald zur Prästation des periculum verpflichten — sie, die doch immer eine und dieselbe ist. Es ist klar, daß die aestimatio nicht Ursache, wohl aber umgekehrt eine Wirkung des Gefahrüberganges genannt werden kann: man ästimirt, weil die Gefahr übertragen werden will, und zwar in ästimatorischen Contracten gewöhnlich deswegen; in einzelnen von ihnen, wie bei der dos aestimata, wenn nicht gar venditionis causa ästimirt wird, niemals anders; hier liegt dann in der aestimatio, immer noch nicht der Grund, sondern nur der Beweis des Gefahrüberganges. Prozeßualisch angesehen ist freilich der Beweis der Haftung, das paret oportere, nicht nur ein Grund der Haftung (der condemnatio), sondern ein so starker Grund, daß das bloße oportere neben ihm als ohnmächtig erscheint. Mehr kann Ulpian mit den Worten: Aestimatio facit periculum ejus qui suscepit nicht sagen wollen.

Hier verlassen wir Chambon. Was unsere eigene Meinnng über das Verhältniß l. 1. §. 1. cit. zu den anderen Stellen anlangt, so ist sie bereits oben angedeutet. Der Trödler trägt bald die Gefahr, bald trägt er sie nicht: im einen wie im anderen Falle liegt weder eine Ausnahme, noch eine Regel; wohl aber liegt etwas besonderes darin, daß im Trödelcontract, der doch ein ästimatorischer Contract ist, der Empfänger weder immer, noch gewöhnlich das periculum trägt; auf diese Besonderheit nimmt Ulpian in l. 1. §. 1., weil er nicht vom Trödelcontracte allein, sondern von ästimatorischen Contracten im Ganzen und Großen spricht, keine Rücksicht. Diese Allgemeinheit der l. 1. §. 1. muß noch bewiesen werden. Wenn wir den Beweis versuchen, so geschieht es im Interesse eines Textes, der für unsere Contractsklage von derselben Bedeutung ist, wie die Realcontracte für unseren Contract. Wir meinen das oft angegriffene Prinzip um derselben l. 1. D. de aestimato.

*) S. Nr. 1.

Digitized by Google

Actio de aestimato proponitur, tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem: an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor: an ex conducto, quasi operas conduxissem: an mandati? Melius itaque visum est, hanc actionem proponi. Quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus.

Die hervorgehobenen Worte geben eine Ungereimtheit. Wie kann so oft, als der Name eines Contractes ungewiß, so viel aber gewiß ist, daß eine Klage platzgreife, eine aestimatoria pr. v. actio platzgreifen? Wir lassen uns gefallen, eine pr. v. actio, aber eine aestimatoria pr. v. actio ist zu viel. So hat man denn auch in der That schon „aestimatoriam" gestrichen*). Aber wie der Text, so geht diese Emendation zu weit. Die Stelle bildet nebst §. 1. das Hauptstück des Ulpian'schen Commentars zu der aestimatoria; fast möchten wir behaupten, das einzige; ist vom Anfang der Stelle an bis zu dem schwierigen Satze von der edictalen propositio der aestimatoria im Allgemeinen, und insbesondere von dem Motive der propositio die Rede, so rückt nun der Commentator mit dem Worte: Quotiens etc. dem Edicte näher: wenn wir nicht irren, gibt er uns in den gesperrten Worten geradezu eine Paraphrase des Edicts; darauf weist das indirecte dandam etc. und die häufige Wiederkehr ähnlicher Erscheinungen in solchen Commentaren, die nicht das Ait Praetor selbst anführen. In dieser Paraphrase treten die zwei unzertrennlichen Stücke einer edictalen Klagsproposition hervor: die Aufstellung — und hier auch Bezeichnung — der Klage (das judicium dabo) selbst (dandam aest. pr. v. a.), und die Bestimmung der Fälle, für welche die Klage gegeben wird (quotiens — dari). Wenn wir nun aus ersterem Stücke „aestimatoriam" streichen, so wird gerade das kritische Wort vertilgt; und nicht nur das: man läßt statt der Aestimatoria, auf welche Rubrik und Eingangsworte und manche andere Dinge verweisen, eine praescriptis verbis actio, nämlich die civilis incerti in

*) Hotomannus F. Obs. ad jus civile. V. 16.

factum pr. v. actio ediciren, was doch der Prätor im ganzen Edict nicht gethan zu haben scheint*). — Sollen wir „praescriptis verbis“ streichen? Das würde gar nichts helfen. Uns dünken die Worte „aest. pr. v. a.“ echt, wir änderen an dem vorderen Stück der Paraphrase: actionem in aestimationem. Das erste Erforderniß aller Emendation: daß geholfen wird, wäre erfüllt; es leuchtet ein, daß eine aestimatoria pr. v. a. für alle Fälle proponirt werden möchte, in denen ein namenloser, aber ästimatorischer, also ein ästimatorischer Innominatcontract vorlag. Für die Richtigkeit der Emendation aber berufen wir uns zunächst auf die sachliche Seite. Es liegt an sich sehr nahe, daß nicht für das einzige vendendum dare „de aestimato“ edicirt wurde**); warum hätte sich das Edict gegen andere ästimatorische Innominatcontracte versperren sollen? Fast in allen denjenigen Innominatcontracten, welche zur Rückgabe verpflichten, konnte dem Geber eine aestimatio zweckmäßig scheinen; wir mahnen beispielsweise an das equos experiendos dare l. 20. pr. D. pr. v. (19, 5). l. 8. D. pr. v. (19, 5) gibt wirklich einen Innominatcontract mit Aestimation, der nicht vendendum dare ist (s. oben Nr. 3. Not.*); heutzutage liegt nichts näher als die Zusendung der Buchhändler zur Einsicht nebst Rechnung. Daß das Edict auch wirklich an mehr als Einen Fall dachte, zeigen nicht nur die sicheren Worte „quotiens de nomine contractus alicujus ambigeretur“ sondern auch jenes magis dubitatum d. h. es wurde vorzüglich bei dem vendendum dare, also auch in anderen Fällen gezweifelt. Was endlich die sprachliche Seite der Emendation anlangt, so kann aestimationem dari nicht befremden l. 8. cit. — tunc enim datam aestimationem reddi a domino oportere. — Convenisset stünde allerdings besser als conveniret; anderseits paßt conveniret als Uebereinkunft von Paciscenten besser, als ein totiens zu erwartendes Placet der Juristen. Das ist nicht zu läugnen, daß „Zweifel was für ein Contract“ einerseits, und „Entschiedenheit, daß doch irgend eine Klage“ anderseits, sehr für sich stimmen; allein möchte nicht gerade das die Schreiber auch „gestimmt“ haben? Genauer betrachtet ist dieser Gegensatz nicht nur nicht scharf, sondern lahm. Ist einmal ein contractus da, so versteht sich das Dasein einer Klage von selbst.

---

*) Die Edict-Commentarstücke über die pr. v. actio l. 17. l. 18. l. 19. Dr. pr. v. (19, 5) sind Fortsetzung der Commentare über die actiones commodati, depositi, emtivenditi.

**) Wie z. B. Vangeron Pand. §. 599. Anm. 1. annimmt.

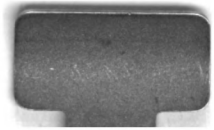
Digitized by Google

Hiernach bezieht ſich der folgende §. 1: aest. autem facit periculum ejus qui suscepit, auf alle äſtimatoriſchen Innominatcontracte. —

Unſere Aufgabe iſt fertig; aber Eines zieht das Andere nach ſich: Aestimatio autem etc. Warum autem? Der Commentar de aestimato folgt auf eine Reihe bonae fidei judicia; er vergleicht dieſe ſeine Aeſtimatoria mit den ſchon abgehandelten b. f. judiciis; alles wie dort; nur (autem) in Einem Stück Unterſchied: mit der Condemnatio ſteht es hier etwas anders: periculum pflegt den Empfänger nicht zu abſolviren; denn aus der aestimatio erſieht man den Uebergang der Gefahr. Was wir oben über den Unterſchied von Grund des oportet und Grund des paret geſagt haben, dürfte durch den Zuſammenhang des Satzes, nicht mit Contracten, ſondern mit Contractsklagen, gewonnen haben.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google